

# المذكرة الايضاحية

للاقتراح بمشروع القانون المدنى

طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية

---

## مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المدنية خطة عمل

بسم الله تبارك وتعالى ، وبوحي من ايمان عميق بأن مبادئ الشريعة الاسلامية هي التي ارادها الله حلت قدرته لكي تكون اساسا صالحا لتنظيم مجتمع يستند الى دعامة قوية من الخلق والفضيلة والاحوة والخصاص الذي يكفل القوة والمنعة والتقدم والازدهار ، نضع خطة عمل لتقنين احكام هذه الشريعة في المعاملات المالية على النحو التالي :

١ - تستفي احكام هذا التقنين من مبادئ الشريعة الاسلامية كما وردت في الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه ، مع مراعاة التنسيق بين هذه الاحكام حفاظا على وحدة التقنين وتجانس احكامه وانسجام بعضها مع البعض الآخر .

٢ - يتحاشى النص على اى حكم يتضمنه القانون الوضعي ويكون مخالفا لحكم قطعي من احكام الشريعة الاسلامية .

٣ - يراعى ما خضع له علم القانون من تطور وما اصابه من تقدم ، وذلك في ضوء تطور المجتمع الاسلامي وتقدم الفكر الانساني .

٤ - يستفاد من التقنينات التي وصفت في البلاد العربية والاسلامية واحذت من الشريعة الاسلامية .

٥ - يستفاد من الجهود الفقهية التي بذلت في اعداد مشروعات لتقنينات أعدت على مدى احكام الشريعة الاسلامية .

### التقنينات والاعمال الفقهية التي اخذت من الشريعة الاسلامية

١ - المجلة ، وهي انشأ عليها مجلة الاحكام المدلية ، وهي اول تقنين لاحكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية ، وضعت في عهد الدولة العثمانية وصدرت على دفعات من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٩٧٦ . واستمدت احكامها من المذهب الحنفي . وكانت مطبوعة في البلاد العربية التي خضعت للحكم العثماني ما عدا مصر .

٢ - مرشد الحيوان الى معرفة احوال الانسان ، وهو عمل فقهي قام به محمد قدرى باشا . يتضمن مشروع تقنين لاحكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية وفقا للمذهب الحنفي . وكانت اول طبعة له في سنة ١٣٣٨ هجرية .

٣ - التقنين المدني العراقي الذي صدر في سنة ١٩٥١ وجمع فيه الشارح العراقي بين احكام من الشريعة الاسلامية واحكام من التقنين المصري مستفاد من القوانين الغربية .

٤ - التقنين المدني الاردني الذي صدر في سنة ١٩٧٦ وجمع فيه الشارح الاردني بين احكام من الشريعة الاسلامية واحكام من التقنين المصري مستفاد من القوانين الغربية .

٥ - مشروعات تقنين الشريعة الاسلامية التي أعدت باشراف مجمع البحوث الاسلامية وفقا للمذاهب الاسلامية ، الحنفي والشافعي والحنبل والمالكي ، كل على حدة .

٦ - نظرية الالتزامات في التقنين التجاري الكويتي الصادر في سنة ١٩٦١ والتي جمع بها الشارح الكويتي بين احكام من الشريعة الاسلامية واحكام من التقنين المصري مستفاد من القوانين الغربية على غرار التقنين المدني العراقي .

٧ - التقنينات المدنية العربية الاخرى ، وهي التقنين المصري الصادر في سنة ١٩٤٨ والتقنين السوري الصادر في سنة ١٩٤٩ والتقنين الليبي الصادر في سنة ١٩٥٣ ، وقد اخذت هذه التقنينات في القليل من قواعدها باحكام الشريعة الاسلامية وفي اغلب قواعدها باحكام القوانين الغربية .

٨ - التقنين الكويتي الصادر في سنة ١٩٨٠ والذي جمع فيه الشارح الكويتي بين احكام من الشريعة الاسلامية واحكام من التقنين المصري مستفاد من القوانين الغربية .

٩ - اعمال لجنة مراجعة التشريعات المدنية المصرية التي استغرقت اعمالها ما يقرب من خمس سنوات من سنة ١٩٦٢ الى سنة ١٩٦٦ .

### باب تمهيدى احكام عامة

يحسن ان ينقسم الباب التمهيدى على خلاف التقنين المدني الحالي ، الى اربعة فصول :

الفصل الاول عنوانه « القانون وتطبيقه » . وفي هذا الفصل يرد أولا النص الخاص بمصادر القانون ، ثم النص الخاص بالالغاء ، ثم النص الخاص باعتبار الاحكام الشرعية القطعية من النظام العام ، ثم النص الخاص بالمواعيد ، وبعد ذلك ترد النصوص الخاصة بتطبيق القانون من حيث الزمان على أن يكون لها عنوان جانبي على نسق التقنين الحالي ، وبعد ذلك ترد النصوص الخاصة بتطبيق القانون من حيث المكان على أن يكون لها عنوان جانبي على نسق التقنين الحالي .

بعد ذلك يبدأ الفصل الثانى وعنوانه « استعمال الحق » وترد فيه النصوص الخاصة بنظرية التصسف .

بعد ذلك يرد الفصل الثالث وعنوانه « الأشخاص » . وبلى هذا العنوان عنوان فرعى رقم ١ وهو « الشخص الطبيعي » . وتحت هذا العنوان الفرعى يرد أولا النص الخاص ببدء الشخصية ونهايتها والحمل المستكن والمفقود والغائب ، ثم النص الخاص باتسبات وقائع الحالة المدنية ، ثم النص الخاص بالاسم ، ثم النص الخاص بالاعتداء على الاسم ، ثم النص الخاص بالأسرة والأقرباء ، ثم النصوص الخاصة بالقرابة ، ثم النص الخاص بالجنسية ، ثم النص الخاص بحقوق الشخصية ، ثم النصوص الخاصة بالأهلية ، ثم النصوص الخاصة

أو دلالته أو انتضائه ، إنما يرجع في نهجه الى قواعد أصول الفقه الاسلامي .

وبراعى في تطبيق الفقرة الثانية من هذه المادة أن أحكام الشريعة الاسلامية التي لا تجوز مخالفتها تعتبر من النظام العام . ومن ثم فلا يجوز للقاضي أن يأخذ بعرف يناقض هذه الأحكام . كما أن اجتهاده في ضوء مبادئ الشريعة الاسلامية ، عند عدم وجود حل للنزاع في المصادر المذكورة . يجب ألا يكون فيه خروج على هذه الأحكام .

وجدير بالذكر أن المادة الأولى من التقنين المدني السوري ، وكذلك المادة الثانية من التقنين المدني الأردني ، في تعدادها لمصادر القانون ، ذكرتا العرف في الترتيب بعد مبادئ الشريعة الاسلامية . غير انه يلاحظ أن تقديم العرف على مبادئ الشريعة الاسلامية يفتق تماما مع هذه المبادئ ، لما للعرف فيها من اعتبار ، فالعرف في الشريعة الاسلامية مصدر للأحكام الشرعية ، ومن القواعد الفقهية الماثورة أن العادة محكمة ، وأن التقنين بالعرف كالتقنين بالنص ، وأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

#### ( مادة ٢ )

لا يلغى نص تشريعي الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالفاء . او يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم ، او ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن نظم قواعده ذلك التشريع .

لتطابق المادة (٢) من التقنين الحالي فيما عدا التعديلات الآتية :

أولا - استبدال عبارة «لا يلغى» بعبارة «لا يجوز الغاء» ، لأن القانون يخاطب القاضي لا المشرع ، ولا محل لتوجيه النهي الى القاضي فهو لا يقوم بالغاء التشريع .

ثانيا - استبدال عبارة «نظم قواعده» بعبارة «قرر قواعده» ، لأن الواضح أن التشريع الملغى كان ينظم الموضوع تنظيمًا كاملاً ولم يقتصر على تقرير قواعده .

وينفق النص المقترح مع قواعد النسخ المقررة في علم أصول الفقه .

#### ( مادة ٣ )

تعتبر من النظام العام احكام الشريعة الاسلامية القطعية . ومن ثم يقع باطلا كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام .

يلاحظ أن المعنى المقصود بأحكام الشريعة الاسلامية في النص المقترح هو المعنى الذي يأخذ به الأصوليون . فالحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين لا يقتصر على النصوص الواردة بالكتاب والسنة ، وإنما يشمل كذلك كل دليل شرعي آخر من إجماع أو قياس أو غيرها . وهذه الأدلة الأخرى في حقيقتها خطاب من أئمة الفقه غير مباشر .

ويعتبر الحكم الوارد في النص نتيجة لازمة لما نص عليه الدستور من اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع . حيث يعتبر متعاقفا بالنظام العام كل حكم شرعي يستند الى دليل من أدلة الشريعة القطعية .

بالوطن . بعد ذلك يأتي عنوان فرعي آخر رقم ٢ هو «الشخص الاعتباري» ، وتحت هذا العنوان ترد النصوص الخاصة بالشخص الاعتباري .

وبعد ذلك يأتي الفصل الرابع وعنوانه «تقسيم الأشياء والأموال» .

### الفصل الأول

#### القانون وتطبيقه

#### ١ - القانون

##### ( مادة ١ )

١ - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بطريق من طرق الدلالة الشرعية . ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة الاسلامية .

٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، يحكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد لمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية .

تقابل المادة الأولى من التقنين الحالي ، وهي تحرى على النحو الآتي :

١ - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية . فإذا لم توجد لمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وقد أدخلت عليها التعديلات الآتية :

أولا - استبدلت في الفقرة الأولى عبارة «بطريق من طرق الدلالة الشرعية» بعبارة «في لفظها أو فحواها» ، لكي تشمل جميع طرق الدلالة الشرعية وفقاً لما هو مقرر في علم الأصول .

ثانياً - أضيف الى الفقرة الأولى عبارة : «ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة الاسلامية» . وذلك على اعتبار أن الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع . ومن ثم فإن مقاصدها يجب أن تكون هي رائد القاضي في التفسير .

ثالثاً - في الفقرة الثانية استبدل لفظ «يحكم» بلفظ «حكم» ، توخياً للدقة في التعبير .

رابعاً - استبدلت في الفقرة اثنان عبارة «مبادئ الشريعة الاسلامية» بعبارة «فإذا لم توجد فمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة» ، حيث أن مبادئ الشريعة الاسلامية تستوعب قواعد العدالة .

ومن الواضح في تطبيق الفقرة الأولى من هذه المادة أن الحكم المستفاد من النص ، سواء كان ثابتاً من عبارته ، أو كان ثابتاً من اشارته

## نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

تأتي تحت هذا العنوان المواد المتعلقة بتنسازع العوانين من حيث المكان .

وجدير بالذكر أن هذه المواد تفنن عرفا دوليا جرى عليه العمل في مصر ، وهو عرف شرعى بمعنى أنه لا يخالف حكما قطعيا في الشريعة وتقتضيه المصلحة العامة . ويقطع في ذلك ما ينص عليه المادة ٣٥ من المشروع من أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبى اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب . ومعلوم أنه طبقا للمادة ٣ من المشروع تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الاسلامية القطعية .

وفى ضوء هذين الاصلين الشرعيين ، وهو العرف والمصلحة ، ينضج المسند الشرعى لتطبيق أحكام هذه المواد . حيث أن لولى الأمر أن يختار من بين الأحكام الاجتهادية ما براه محققا للمصلحة .

## ( مادة ١١ )

يرجع الى القانون المصرى فى التكيف اللازم لتطبيق قواعد تنازع القوانين ، بما فى ذلك وصف العقار والمنقول .

يقابل هذا النص المادة ١٠ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو الآتى : « القانون المصرى هو المرجع فى تكيف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها » .

وكانت هذه المادة فى المشروع التمهيدي للتقنين الحالى تنص على ما باتى :

١٥ - القانون المصرى هو المرجع فى تكيف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين .

٢ - والقانون الذى يعين ما اذا كان الشئ عقارا أو منقولا هو قانون الجهة التى يوجد فيها هذا الشئ .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضيفت الى الفقرة الأولى عبارة « لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها » لتعبين الحدود التى يقف عندها اختصاص قانون القاضى فى التكيف . وحذفت الفقرة الثانية لأنها تتناول مسألة تفصيلية بحسن أن تترك للاجتهاد .

وهذا النص يبنى على قاعدة خضوع التكيف اللازم لأعمال قواعد الاستناد لقانون القاضى . وهى القاعدة المسلسلة تشريعا وقضا . فى مختلف البلاد ولدى جمهور الفقه . غير أنه ، على خلاف نص التقنين الحالى ، يطلق تلك القاعدة فى خضوع التكيف للقانون المصرى بحيث يتناول حكمها وصف العقار والمنقول بدل اخضاع هذا الوصف لقانون موقع المال . وذلك لحسم الخلاف القائم فى الفقه فى هذا الشأن ومراعاة لما لهذا الوصف من اثر فى تعيين قاعدة الاستناد الواجبة التطبيق .

## ( مادة ٨ )

١ - تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بعدم سماع الدعوى من وقت العمل بها على كل مدة لم تكتمل .

٢ - على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء مدة عدم سماع الدعوى ووقفها وانقطاعها ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة .

تقابل المادة ٧ من التقنين الحالى والمادة ٧ من التقنين الاردنى والمادة ١/١٢ من التقنين العراقى مع استبدال عبارة « عدم سماع الدعوى » بلفظ « انقضاءه » ، وذلك مراعاة للقاعدة الشرعية التى تقضى بعدم سقوط الحقوق بمضى الزمن وانما لا تسمح الدعوى بها .

## ( مادة ٩ )

١ - اذا قرر النص الجديد مدة لعدم سماع الدعوى اقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك .

٢ - اما اذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم اقصر من المدة التى قررها النص الجديد . فان مدة عدم سماع الدعوى تسلم بانقضاء هذا الباقي .

تقابل المادة ٨ من التقنين الحالى والمادة ٢/١٢ من التقنين العراقى والمادة ٨ من التقنين الاردنى . مع استبدال عبارة « مدة عدم سماع الدعوى » بلفظ « التقادم » ، للسبب الذى تقدم ذكره .

## ( مادة ١٠ )

١ - تسرى فى شأن الادلة التى تعد مقدمات النصوص المعمول بها فى الوقت الذى اعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعلماده .

٢ - وتسرى فى شأن القوانين القانونية النصوص المعمول بها فى الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الواجب توافره لقيام القرينة .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٩ من التقنين الحالى .

اما الفقرة الثانية فهى فقرة مستحدثة . وقد وردت فى المادة ١٩ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالى ، ولكنها حذفت فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليها . غير أنه من المفيد اضافة هذه الفقرة لأن وظيفة القرينة القانونية هى تخفيف عبء الانبات على من يتمسك بها وذلك بتغيير محل الانبات ، حيث ينتقل الانبات من الواقعة التى يراد اقامة الدليل عليها الى واقعة أخرى أسهل فى الانبات فىكون ثبوت هذه الأخيرة دليلا على ثبوت الأولى . ومن ثم فان القرينة القانونية لا تختلف فى الجوهر عن الأدلة الهية التى تناولتها الفقرة الأولى .

وتنفق هذه المادة مع القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الشخص انما يكلف طبقا للخطاب القائم وقت العمل أو التصرف الصادر منه .



لا تبدو قاعدة الاسناد خاصة بجانب معين ، ومراعاة للتمييز بين مسألة جنسية الشخص الاعتيادي ومسألة القانون الواجب التطبيق على نظامه القانوني . كذلك حذفت عبارة « من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها » لعدم الحاجة اليها .

#### ( مادة ١٤ )

تسرى على الخطبة قواعد تنازع القوانين الخاصة بالزواج المنصوص عليها في المواد التالية .

هذا نص مستحدث يبين قواعد الاسناد الخاصة بالخطبة محيلا في شأنها على قواعد الاسناد الخاصة بالزواج من حيث شروط الموضوعية وشكله وآثاره ، والحالة التي يجب فيها تطبيق القانون المصري . فهو بذلك يسد نقصا في التقنين الحالي . وتبدو أهميته في ان للخطبة في وآثارها .

أما الاصرار الذي تنجم عن أعمال ملايسة للخطبة فإنها تصبح للقانون الذي يحكم الالتزامات الناشئة عن الأفعال الصادرة . وهو قانون مكان وقوع الفعل .

#### ( مادة ١٥ )

يسرى على الشروط الموضوعية للزواج قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج .

يقابل هذا النص المادة ١٢ من التقنين الحالي وهي تنص على ما يأتي :  
« يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » . ويبقى النص المقترح على حكم هذه المادة مع بعض تعديلات لغوية واضافة عبارة « وقت انعقاد الزواج » زيادة في الايضاح لبيان الوقت الذي يعتمد به في تعيين القانون الواجب التطبيق بالنظر الى جنسية كل من الزوجين .

#### ( مادة ١٦ )

تخضع آثار الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة الى المال لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج ، على انه اذا انحلت جنسية الزوجين بعد الزواج طبق قانون جنسيتهما على الآثار الشخصية للزواج .

يقابل هذا النص المادة ١٣ فقرة أولى من التقنين الحالي ، وهي تنص على ما يأتي :  
« يسرى قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج ، بما في ذلك من اثر بالنسبة الى المال » .

كذلك استقطب من هذا النص عبارة « تكييف العلاقات » الواردة في نص التقنين الحالي ، لأن التكييف كما ينصب على « علاقة » قد ينصب على « رافعة او قاعدة قانونية او مال » .

والمادة المقترحة بالتعديل التي تضمنته يتفق مع الاصل المقرر في الشريعة الاسلامية من انها المرجع في تحديد الوصف الشرعي لمسا يعرض له الفاضل .

#### ( مادة ١٢ )

يسرى على الحالة المدنية للشخص وأهليته قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته . ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تتم في مصر وتترتب آثارها فيها ، اذا كان من باشر التصرف اجنبيا ناقص الأهلية وفقا لقانونه ولكنه يعتبر كامل الأهلية طبقا للقانون المصري . فان هذا القانون هو الذي يسرى .

هذه المادة تعادل المادة ١١ فقرة أولى من التقنين الحالي . وهي تجرى على النحو التالي : « الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم » . ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها اذا كان أحد الطرفين اجنبيا ناقص الأهلية وكان ناقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه . فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته .

والنص المقترح يبنى على القاعدة العامة في خضوع الحالة المدنية للشخص وأهليته لقانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته . ولكنه يطلق الاستثناء من هذه القاعدة في شأن التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها ، دون تقييد هذا الاستثناء بشرط كون ناقص أهلية العاقد اجنبى يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه . وهو الشرط الوارد في التقنين الحالي اتفاقا مع الفقه الفرنسي في فكرة المصلحة الوطنية التي اعتبرها بعض المشرعين ، كالمرشح الايطالي والمرشح البولوني والمشرع الألماني . غير كافية لحماية سلامة المعاملات في الدولة . وعلة هذا التعديل تأمين سلامة المعاملات التي تتم وتنفذ في مصر .

#### ( مادة ١٣ )

يسرى على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعل . ومع ذلك فاذا باشرت هذه الأشخاص نشاطها الرئيسي في مصر ، فان القانون المصري هو الذي يسرى .

هذه المادة تقابل المادة ١١ فقرة ثانية من التقنين الحالي . وهي تجرى على النحو التالي : « اما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعل » . ومع ذلك فاذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فان القانون المصري هو الذي يسرى .

والنص المقترح يبقى على القاعدة الواردة في المادة ١١ فقرة ثانية من التقنين الحالي مع حذف كلمة « الأجنبية » لعدم الحاجة اليها وحتى

ولامكان تطبيق القانون الوطنى فى صورة لا يسمح النص الحالى بتطبيقه فيها ، وذلك عندما يكون الزوجان اجبيين وقت الزواج ثم يصبح أحدهما مصرى بعد الزواج .

#### ( مادة ١٩ )

١ - يسرى قانون الأب وقت ميلاد الولد على البتوة والافراد بالأبوة وانكارها والحقوق والواجبات المتبادلة بين الأصول والفروع ، بما فى ذلك الولاية على النفس ، فإذا تولى الأب قبل ميلاد الولد يسرى قانون الأب وقت الوفاة ، وإذا كان الأب مجهولا يسرى قانون الأم .

٢ - ويسرى على تصحيح النسب بالزواج قانون الأب وقت تصحيح النسب .

٣ - على أنه إذا كان أحد الأبوين مصرى فى الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق فى الفترتين السابقتين ، كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق .

كانت المادة ٣١ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالى ، وهى التى أصبحت المادة ١٥ من المشروع النهائى فى لجنة المراجعة ، تنص على ما يأتى : « يسرى قانون الأب على المسائل الخاصة بالبتوة الشرعية وتصحيح النسب بالزواج والافراد بالبتوة وانكارها » ، ثم رأت اللجنة حذفها لأنها أثر من آثار الزواج يسرى عليه قواعد الزواج وفقا للقواعد العامة .

كما كانت المادة ٢٢ من هذا المشروع نص على ما يأتى : « يسرى قانون الولد على المسائل الخاصة بانبات البتوة الطبيعية وبما يترتب عليها من آثار » ، ثم حذفها لجنة المراجعة لأنها قد تحمل الولد الطبيعى لأب قد لا يسمح قانونه بذلك .

وتبين المادة المقترحة ، وهى مادة مستحدثة ، القانون الواجب التطبيق فى مسائل لها أهميتها العملية فى مجال تنازع القوانين . حيث تبين الفقرة الأولى منها القانون الواجب التطبيق فى البتوة ، سواء أكانت بتوة شرعية أم بتوة طبيعية ، والافراد بالأبوة وانكارها والحقوق والواجبات المتبادلة بين الوالدين والأولاد وهو قانون الأب . ويعين النص الوقت الذى يعتد به فى تعيين هذا القانون فيجعله قانون الأب وقت ميلاد الولد ، فإذا كان الأب قد توفى قبل ميلاد الولد طبق قانون الأب وقت الوفاة . كذلك عني النص بذكر الولاية على النفس اراحة للقضاء عند تطبيقه . ويفترض تطبيق قانون الأب كون الأب معروفا ، فإذا كان مجهولا وكان المراد هو ثبوت النسب من الأم أو غيره من المسائل المذكورة يسرى قانون الأم ، ونص هذه الفقرة فى جملته ليس غريبا عن التشريع الوطنى ، فقد كان له نظير فى المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة وفى المرسوم بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية . كما أنه يتفق فى شأن القانون الواجب التطبيق فى دعوى اثبات النسب مع القاعدة الواردة فى هذا الشأن فى المادة ٩٠٥ من تقنين المرافعات .

والنص المقترح يبقى على حكم هذه المادة فى خصوص عدم التفريق فى قاعدة الاسناد بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج من حيث خضوعها جميعا لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج ، غير أنه يعدل هذا الحكم بالنسبة الى الآثار الشخصية للزواج فى حالة تغير جنسية الزوج بعد الزواج بحيث تتحد جنسية الزوجين ، فيطبق قانون جنسيتها المشتركة على الآثار الشخصية وحدها . وبمقتضى هذا التعديل أصبح للآثار الشخصية للزواج حكم متميز عن الآثار المالية متى توافر شرط اتحاد جنسية الزوجين بعد الزواج . والمقصود بهذا التعديل هو اعمال الأثر المباشر لقانون الجنسية الجديد بالنسبة الى آثار المراكز القانونية فى حالة تغير الزوج جنسيته بعد الزواج بحيث أصبح هو وزوجه من جنسية واحدة . أما النظام المال للزوجين فلا يتأثر بهذا التغير اعمالا لقاعدة عدم تأثر المراكز العقدية بقانون الجنسية الجديد .

#### ( مادة ١٧ )

يسرى على الطلاق قانون الزوج وقت الطلاق .

ويسرى على التطليق والتفريق بين الاجسام قانون الزوج وقت رفع الدعوى .

يقابل هذا النص المادة ١٣ فقرة ثانية من التقنين الحالى ، وهى تنص على ما يأتى :

« أما انطلاق يسرى عليه قانون الدولة التى ينتسب اليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتسب اليها الزوج وقت رفع الدعوى » .

وببقى النص المقترح على حكم هذه المادة مع تعديل فى الصياغة بإيراد عبارة « قانون الزوج » بدل عبارة « قانون الدولة التى ينتسب اليها الزوج » ، وتخيا للايجاز ، وإيراد عبارة « التفريق بين الاجسام » بدل عبارة « الانفصال » ، وتخيا لزيادة البيان .

#### ( مادة ١٨ )

فى الأحوال المنصوص عليها فى المواد ١٥ ، ١٦ ، ١٧ إذا كان أحد الزوجين مصرى فى الوقت الذى يعتد به فى تعيين القانون الواجب التطبيق ، يسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج .

يقابل هذا النص المادة ١٤ من التقنين الحالى ، وهى تنص على أنه « فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرى وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج » .

ولا يأخذ النص المقترح بما يأخذ به التقنين الحالى من الاعتداد بوقت الزواج لبيان حالات انفراد القانون المصرى بحكم شروط انعقاد الزواج وشكله وآثاره وانحلته . وذلك تمكينا لاعمال قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان فى حالة تغير الجنسية . ولاستبعاد صورة لا تكون فيها أية مصلحة لتطبيق القانون الوطنى . وذلك عندما يكون أحد الزوجين مصرى وقت الزواج ثم يصبح الطرفان اجبيين بعد الزواج .

وبين النص المقترح في فقرته الأولى أن المقصود بالولاية هي الولاية على المال ، إذ هي التي يجمعها مع الوصاية والقوامة كونها جميعا توفر النيابة عن القاصر ومن في حكمه بما يسد مجزئه عن مباشرة التصرف القانوني . وبذلك جسم النص خلافا قام في أحكام القضاء في بهم المقصود بالولاية في نص التقنين الحالي . كما عني المشروع بالنص في المادة ١٩ المسالمة الذكر على أن قانون الأب هو الذي يسرى على الولاية على النفس .

كما جاءت عبارة هذه الفقرة شاملة لتعصر والمجورين ومن يلحق بهم من الغائبين ومن تقررت لهم المساعدة القضائية .

وتضمنت الفقرة الثانية من النص المقترح الحكم الوارد في المادة ١٠٠٢ فقرة ثانية من تقنين المرافعات مراعاة لمصلحة الشخص المقصود بالحماية ، ولأن المكان المناسب له بين قواعد تنازع القوانين في التقنين المدني لا في تقنين المرافعات .

#### ( مادة ٢٢ )

١ - يسرى على الميراث قانون المتوفى وقت الوفاة .

٢ - وإذا كان هذا القانون يحرم مصريا من نصيبه في التركة بصفته اجنبيا ، كان له أن يستوفى نصيبه من اموال التركة الموجودة في مصر .

يقابل هذا النص المادة ١٧ من التقنين الحالي . وهي تقول :

١ - يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

٢ - ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الوصى وقت الابعاء أو قانون البلد الذي تمت فيه وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت .

وتتضمن المادة المقترحة في فقرتها الأولى قاعدة الاستناد الخاصة بالميراث والواردة في المادة ١٧ من التقنين الحالي .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتتصرف حكما مستعذنا يقوم على أساس من العدل . وله نظير في مشروع تنقيح التقنين المدني الفرنسي .

#### ( مادة ٢٣ )

يسرى على التركة التي لا وارث لها القانون المصري متى كانت اموال التركة في مصر .

هذه المادة مستعذنة . وهي تتضمن قاعدة استناد خاصة بالتركة التي لا وارث لها ونفع اعيانها في مصر . حيث نقض وفقا لقانون الموارث

وتبين الفقرة الثانية من المادة المقترحة القانون الواجب التطبيق في تصحيح النسب بالزواج اللاحق لميلاد الولد . وقد كان حكمها موجودا في اللائحة والمرسوم بقانون المنظر اليه . كما أن المادة (١٢) من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ ذكرت تصحيح النسب بين مسائل الأحوال الشخصية .

ونقص الفقرة الثالثة من المادة المقترحة بأن يكون القانون المصري هو الواجب التطبيق في خصوص المسائل المذكورة في الفقرتين السابقتين إذا كان أحد الأبوين مصرية في الوقت الذي يعتد به في تعيين القانون الواجب التطبيق . حتى يتسق حكم هذه الحالة مع الحكم السابق تقريره في خصوص خضوع آثار الزواج للقانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصرية وقت انعقاد الزواج . وذلك على أساس اعتبار البوة آثارا من آثار الزواج .

#### ( مادة ٢٠ )

يسرى على الالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار قانون المدين بها .

يقابل هذا النص المادة ١٥ من التقنين الحالي . وهي تنص على ما يأتي :

يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها . وجاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن ذكر عبارة « فيما بين الأقارب » أريد به إخراج ما يعتبر من النفقات أنسرا للزواج وفقا لأحكام النصيص السابقة .

وقد أوردت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ النفقة للأقارب والأصهار ، بين مسائل الأحوال الشخصية . ولما كان نص المادة ١٥ من التقنين الحالي قد ذكرت النفقة للأقارب وأعمل لنتفقه للأصهار . فإن النص المقترح يعالج هذا النقص .

هذا الى أن المادة ٩١٩ من تقنين المرافعات تبين المحكمة المختصة نوعيا بنظر دعاوى نفقة الأقارب والأصهار .

#### ( مادة ٢١ )

١ - يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية على المال والوصاية والقوامة وغيرها من نظم حماية الفهر والمجورين ومن يلحق بهم قانون الشخص الذي يجب حمايته .

٢ - ومع ذلك يرجع في شأن أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو القوامة أو الإشراف الى قانون الوصى أو القيم أو المشرف .

يقابل هذا النص المادة ١٦ من التقنين الحالي . وهي تنص على ما يأتي :

يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المجورين والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته .

واحكام الفقه الاسلامى بأيلولة التركة الى دولة موقع اموال التركة بوصفها مالا لا مالك له .

#### ( مادة ٢٤ )

- ١ - تخضع الشروط الموضوعية لصحة الوصية وسائر التصرفات المضادة الى ما بعد الموت لقانون من صدر منه التصرف وقت صدوره .
- ٢ - اما ما يتعلق بالقدر الذى تنفذ فيه الوصية ومن يجوز الايصاء له . فيخضع لقانون من صدر منه التصرف وقت موته .

يقابل هذا النص المادة ١٧ من التفنين الحالى التى تقدم ذكرها . وهو يبين القانون الواجب التطبيق على الوصية مفرقا بين الشروط الموضوعية لصحتها وتلك التى تتعلق بنفاذها . ففى خصوص الشروط الموضوعية لصحة الوصية يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون من صدر منه التصرف وقت صدوره . لان هذا هو الوصف الذى ينبغي ان تتوفر فيه شروط صحة التصرف من حيث وجود الارادة والمحل والسبب وتوافر الاهلية وسلامة الارادة من العيوب . وبذلك يحسم النص المقترح الخلاف فى تفسير نص المادة ١٧ المشار اليها التى تنص على خضوع الوصية لقانون من صدر منه التصرف وقت موته . اما نفاذ الوصية من حيث القدر الذى يجوز التصرف فيه ومن يجوز الايصاء له فهى امور ونوعية الصلة بالميراث ومن تم فهى تخضع لحكمة . فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون من صدر منه التصرف وقت موته .

وينص الحكم الذى تضمنته الفقرة الاولى من النص المقترح من رأى فيها المدهيين المالكى والحنبل من حيث الاعتماد بساهلية الوصى وقت صدور الوصية . وكان لهذا الحكم نظير فى الفقرة الثانية للمادة ٢٨ من المشروع التمهيدى للتفنين الحالى قبل تعديلها .

وفىما يتعلق بالقانون الذى يسرى على شكل الوصية . وهو ما تحدثت عنه الفقرة الثانية من المادة ١٧ المشار اليها . فقد روى الاكتفاء بال قاعدة الخاصة بشكل التصرفات عموما .

#### ( مادة ٢٥ )

يسرى على الحيازة والحقوق العينية فى العقار قانون موقعة .

ويسرى بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة او الحق العينى او فقده .

يطابق هذا النص المادة ١٨ من التفنين الحالى . فيما عدا بعض تعديلات لفظية . حيث نص هذه المادة على ما يأتى : « يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار . ويسرى بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة او الملكية او الحقوق العينية الأخرى او فقدها . »

#### ( مادة ٢٦ )

١ - يسرى على الشروط الموضوعية للتصرف القانونى وما يترتب عليه من آثار القانون الذى انجبت اليه الارادة صراحة او ضمنا . فان لم توجد سري قانون الدولة التى تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصرى .

٢ - على ان التصرف المتعلق بعقار يخضع لقانون موقع العقار .

يقابل هذا النص المادة ١٩ من التفنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

١ - يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الوطن المشترك للمتعاقدين اذا انحدا موطننا . فان اختلفا موطننا يسرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه .

٢ - على أن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العمود الذى أبرمته فى شأن هذا العقار .

ويبقى النص المقترح على القاعدة العامة الواردة فى الفقرة الاولى من المادة ١٩ من التفنين الحالى فى شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للتصرف القانونى وما يترتب عليه من آثار . كما يبقى على الاستثناء السارد فى الفقرة الثانية من هذه المادة والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على التصرف القانونى المتعلق بالعقار . وذلك مع مراعاة ما يأتى :

١ - أن النص المقترح جاء عاما فى صيغته ليفتح مع حقيقة المراد بملك القاعدة من حيث انصرافها الى التصرف القانونى سواء أكان عقدا أم ارادة منفردة . ومن حيث انصرافها الى الشروط الموضوعية للتصرف وما يترتب عليه من آثار .

٢ - أنه جعل مكان الصدارة للقانون الذى يختاره المتعاقدون صراحة . فان لم تصدر منهما ارادة صريحة عول القاضى على الارادة الضمنية . فان لم توجد طبق القاضى قانون محل إبرام التصرف . ولم يذكر النص قانون الوطن المشترك للمتعاقدين باعتباره داخلا فى نطاق الارادة الضمنية . ثم أن قانون الوطن المشترك غالبا ما يكون هو قانون محل إبرام التصرف .

٣ - انه عين المكان الذى يعتد به فى تعيين محل إبرام التصرف . وهى مسألة يرى بعض الفقهاء دخولها فى نطاق التكييف وخضوعها بالالى لقانون القاصر . وبذلك اراح النص القاضى من الخوض فى هذه المسئلة .

هذا . وهناك من العمود ما يحسن تركه لاجتهاد الفقه بالفضاء . وأن كان قليل من الشرعين بين القانون الواجب التطبيق فى شأن كل منهما . مثل عقد العمل والعقود التى تعقد فى الأسواق العامة وفى البورصات . وبيع عروض التجارة .

( مادة ٢٧ )

١ - يخضع شكل التصرف القانوني لقانون البلد الذي تم فيه اول لقانون الذي يسرى على شروطه الموضوعية .

٢ - اما شهر التصرف فيخضع لقانون موقع الشيء الذي يتعلق به الصرف .

يقابل هذا النص المادة ٢٠ من التقنين الحالي . وهي تنص على ما يأتي :

« المفود ما بين الاحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه . ويجوز ايضا ان تخضع للقانون الذي يسرى على احكامها الموضوعية . كما يجوز ان يحصص لمواطن موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك . »

وتبين المقرر الاول من النص المقترح القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف القانوني عموما . بحيث لا يقتصر حكمها على المفود ما بين الاحياء . وبذلك امكن الاستغناء عن وضع قواعد اسناد خاصة بشكل الزواج وشكل الوصية اكتفاء بالقاعدة العامة الواردة في هذه المذمة . وقد اكتفى النص بذكر قانون محل ابرام التصرف . وجعل له مكان الصدارة . والقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للتصرف متفقا بذلك مع التيار الغالب في التشريع . ذلك ان قانون موطن المتعاقدين يغلب ان يكون هو قانون محل ابرام الصرف . كما انه قد يكون هو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للتصرف اعمالا لقاعدة خضوع التصرف لقانون الارادة . وكذلك الشأن بالنسبة الى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين .

ويلاحظ ان المقصود بالشكل في هذه الفقرة هو الشكل الخارجي اللازم لاثبات التصرف . اما الشكل الجوهري للتصرف . وهو الذي يعتبر ركن انعقاد . فيأخذ حكم الشروط الموضوعية ويخضع بالتالي للقانون الذي تخضع له هذه الشروط .

وتضمن المذمة الثانية من النص المقترح قاعدة الاسناد الخاصة بشهر الصرف . حيث يخضع هذا الشهر لقانون موقع الشيء الذي يتعلق به التصرف سواء ورد هذا التصرف على حق عيني ام على حق شخصي . وبذلك يسد هذا النص نقصا في التشريع الحالي .

( مادة ٢٨ )

١ - يسرى على الالتزامات غير الارادية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الشيء . للالتزام .

٢ - على انه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار . تسرى احكام المذمة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه .

يطابق هذا النص المادة ٢١ من التقنين الحالي فيما عدا استبدال عبارة « غير الارادية » بعبارة « غير التعاقدية » الواردة وصفا للالتزامات في الفقرة الاولى .

( مادة ٢٩ )

يسرى على مسائل الاختصاص والاجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى او تباشر فيه الاجراءات .

يطابق هذا النص المادة ٢٢ من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية . حيث تنص هذه المادة على ما يأتي : « يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى او تباشر فيه الاجراءات . »

( مادة ٣٠ )

لا تسرى احكام المواد السابقة الا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص او في معاهدة دولية نافذة في مصر .

يطابق هذا النص المادة ٢٣ من التقنين الحالي .

( مادة ٣١ )

تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة مبادئ القانون الدولي الخاص .

يطابق هذا النص المادة ٢٤ من التقنين الحالي مع حذف عبارة « من احوال تنازع القوانين » لعدم الحاجة اليها .

( مادة ٣٢ )

١ - يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية او الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد .

٢ - على انه اذا كان للشخص في الوقت ذاته الجنسية المصرية وجنسية دولة او عدة دول اجنبية وفقا لقوانينها . فان القانون المصري هو الذي يجب تطبيقه .

يطابق هذا النص المادة ٢٥ من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية في الفقرة الثانية .

مادة ٣٣

اذا كان القانون الواجب التطبيق قانونا اجنبيا . فلا يطبق ما يضمنه من قواعد التنازع الدولي بين القوانين .

يطابق هذا النص المادة ٢٧ من التقنين الحالي فيما عدا بعض تعديلات لفظية . حيث تنص على ما يأتي : « اذا تقرر أن قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق . فلا يطبق فيه الا احكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص . »

## ( مادة ٣٤ )

إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، فإن هذا القانون هو الذى يقرر اية شريعة منها يجب تطبيقها .

يطابق هذا النص المادة ٢٦ من التقنين الحالى مع تعديل فى الصياغة . إذ نص هذه المادة على ما يأتى : « متى ظهر من الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ، فإن القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها » . وقد حذفت عبارة « الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة » لأن قاعدة الاسناد قد لا تكون واردة فى المواد السابقة ويكون مصدرها معاهدة أو عرف أو مبادئ القانون الدولى الخاص .

وغى عن البيان أن الحكم الوارد فى هذه المادة يسرى سواء كان تعدد الشرائع المتعار الىه من النص تعددا اقليميا أو شخصيا .

## ( مادة ٣٥ )

لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبى اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب .

يطابق هذا النص فى حكمه المادة ٢٨ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى : « لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبى عينته النصوص السابقة » . اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر . « وقد حذفت عبارة « عينته النصوص السابقة » لأن قاعدة الاسناد قد لا تكون واردة فى المواد السابقة ويكون مصدرها معاهدة أو عرف أو مبادئ القانون الدولى الخاص » .

## الفصل الثانى

## استعمال الحق

## ( مادة ٣٦ )

الجواز الشرعى ينافى الضمان . فمن يستعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

يطابق هذا النص فى حكمه المادة ٤ من التقنين الحالى التى تقول : « من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » .

والعبارة التى جاءت فى صدر النص المقترح ، وهى « الجواز الشرعى ينافى الضمان » يراد بها المعنى ذاته الذى تفيد به العبارة الواردة فى المادة المذكورة . فتمت تكرار المعنى واحد فى عبارتين مختلفتين يتضمنهما النص المقترح . ومع ذلك فقد وصى أن يبدأ هذا النص بعبارة يستعملها الفقه الإسلامى لما تتميز به من بلاغة فى الإيجاز . ثم تأتى بعدها عبارة فيها

توضيح وبيان للمعنى المقصود . وكثيراً ما يجد فى نصوص المجلة أمثلة لهذه الطريقة فى الصياغة ( راجع المادة ٩١ من المجلة ) .

## ( مادة ٣٧ )

١ - يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انصرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعى الذى قصد اليه الشارع وبوجه خاص فى الأحوال الآتية :

( أ ) إذا قصد به أصالة الاضرار بالغير .

( ب ) إذا تعارض مع مصلحة عامة جوهرية .

( ج ) إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

( د ) إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها فلية الأهمية . بحيث لاتتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

( هـ ) إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها مؤدية الى ضرر فاحش يصيب الغير وكان فى استطاعته تحقيق هذه المصالح بطريق آخر لا يؤدى الى هذا الضرر .

( و ) إذا كان على علم بترتيب الضرر الفاحش وكان فى استعماله لحقه متروفاً لا يلحقه ضرر من تركه .

٢ - ويكون للفاضى أن يحكم بوقف هذا الاستعمال وإعادة الحال الى ما كان عليه ، مع التعويض عما يكون قد نشأ عنه من ضرر .

يقابل هذا النص المادة ٥ من التقنين الحالى ، وهى تجرى على النحو التالى :

« يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

( أ ) إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

( ب ) إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها فلية الأهمية . بحيث لاتتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

( ج ) إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

والأمر يتعلق فى هذا المقام بنظرية التعسف فى استعمال الحق . وهى نظرية لها كيانها المستقل . حيث تتناول صورة متميزة للخطأ . وهى انحراف صاحب الحق فى استعماله عن الغرض الاجتماعى للحق ، أى الغرض الذى تقرر الحق من أجله . وهذا معيار شخصى مادى ، يزن استعمال الحق فى ضوء الدافع الشخصى لصاحبه والغرض الاجتماعى له فى وقت واحد . فإن كان هناك توافق بين هذا الغرض وذلك الدافع كن استعمال مشروع ، والا كان غير مشروع . فاستعمال الحق بعصد الاضرار بالغير تعسف ، حتى لو تحققت من ورائه مصلحة . واستعماله لغاية لاتتفق والغرض الاجتماعى له تعسف كذلك . حتى لو لم يكن يقصد

ونأني هذه المعايير (ب) ، إذا تعارض ( استعمال الحق ) مع مصلحة عامة جوهرية . وقد ورد هذا المعيار في المادة ٦ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي . ولكنه حذف دون ذكر مبرر لحذفه ، مع أنه وود في الفقه الإسلامي وقننته المجلة التي تنص في المادة ٢٦ منها على أنه يتحصل الضرر الخاص لدفع ضرر عام .

وأكثر ما يساق من التطبيقات في هذا الصدد في الفقه الإسلامي يتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوانح . على أن هذه مجرد أمثلة تحتل التوسع والقياس ( المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالي ) .

والمعياران الثالث والرابع ( ج - د ) ورد ذكرهما في التقنين الحالي . والمعياران الخامس والسادس ( هـ - و ) مأخوذان كذلك من الفقه الإسلامي . وهما يستندان إلى قاعدة أساسية في الشريعة الإسلامية ، وهي التي تقول : لا ضرر ولا ضرار .

ويقضى النص المقترح ببيان الجزاء الذي يرتب على الاستعمال التعمي للحق .

### الفصل الثالث

#### الأشخاص

#### ١ - الشخص الطبيعي

( مادة ٣٨ )

١ - تبدأ شخصية الإنسان من وقت العمل بشرط تمام ولادته حياً ، وتنتهي بموته .

٢ - ويعين القانون حقوق الحمل المستكن .

هذه المادة تقابل المادة ٢٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :  
١ - تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهي بموته .  
٢ - ومع ذلك لحقوق الحمل المستكن يعينها القانون .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة بما مفاده أن شخصية الإنسان تبدأ من وقت الحمل بشرط تمام ولادته حياً . وأساس هذا التعديل أن الحين تكون له أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة نفعا محضاً وتحمل الالتزامات التي تنشأ عن إدارة أمواله أو بسببها . ومن ثم تثبت الشخصية للإنسان من وقت الحمل بما يشترط لذلك أن تتم ولادته حياً . فنبوت الشخصية للإنسان من وقت الحمل يكون متوقفاً على ولادته حياً . فإذا ولد الإنسان حياً اعتبر شخصاً من وقت الحمل ، وإذا ولد ميتاً اعتبر كأنه لم يكن .

ويتفرع على ذلك أن ما يكتسبه الجنين من حقوق يكون موقوفاً على شرط تمام ولادته . فإذا ولد حياً استقرت له هذه الحقوق من وقت الحمل لا من وقت الميلاد ، وإذا ولد ميتاً اعتبر كأنه لم يكن ، وبالتالي لا يعتبر أنه قد استحق شيئاً مما تقر له من حقوق .

الاضرار بالغير . وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تعتبر الحقوق سلطات مطلقة ، وإنما تريدها حقوقاً نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يحب ألا يحيد الحق عنها .

ومن ثم فهذا معيار عام للتعمي ينسب على جميع الحقوق أياً كان نوعها ويعتمد إلى جميع فروع القانون ، الأمر الذي استوجب أن يكون لنظرية التعمي مكان الصدارة في الباب التمهيدي للتقنين المدني . حتى يمكن أن يقال أن الأساس الفني لتعمي هو نظرية الحق .

ولقد ظهرت نظرية التعمي في استعمال الحق بعناية فائقة في الفقه الإسلامي ، حيث صاغها هذا الفقه صياغة لم يسبقه إليها فقه آخر . فهي تقوم على الأسس الإسلامية في تقرير الحقوق . ذلك أن شرع الحقوق في الشريعة الإسلامية إنما كان لمصلحة المجتمع ولصحة الإنسان . فهو يقوم على مبادئ الأخلاق الإسلامية الفاضلة التي جاء بها الدين من العدل والمساواة والاحسان وإتباع المعروف وتجنب الطغيان والجور والفساد . وعلى عدد من القواعد الشرعية التي أقرتها الشريعة لتحقيق هذا الغرض . فهي تعد تطبيقاً لمقاصد الشارع التي أخذت من عدة نصوص وحملات أدلة تفيد القطع ومن هذه المقاصد الكلية القطعية أن تصد المكلف في العمل يجب أن يوافق الشارع باطل وقد فصل الإمام الشاطبي هذه النظرية في الجزء الثاني من المواقفات . وهو كتاب المقاصد ، حيث عرض لبيان قصد الشارع في وضع الشريعة ومقاصد المكلف في التكليف . وأورد في تطبيقات عديدة تجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي . وقد استوعبت المادة المقترحة أهم هذه التطبيقات (مراجع المواقفات ج ٢ القسم الثاني المسألة الخامسة : تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ) .

وحيثما أراد المشرع أن يورد في التقنين المدني الحان لأول مرة هذه النظرية لم يجد أمامه في سائر القوانين الأحتية من الضوابط خيراً مما ورد في الفقه الإسلامي .

وسواء بالنسبة إلى معايير التعمي التي وردت في التقنين الحالي ، وتلك التي وردت في النص المقترح ، فإنها جميعها مستمدة من الفقه الإسلامي ( محمود فتحي ، نظرية التعمي في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية ، على الخفيف ، الملكة في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، المجلة ، ١٩ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ ) .

وقد رؤى أن يبدأ النص المقترح بمعيار عام يتضمن جوهراً فكرة التعمي حتى يكون المجال رحباً أمام القاضي ، فلا يقتصر على ضوابط محددة كما هو حكم النص الحالي . بل تمتد سلطته إلى كل حالة يتوفر فيها التعمي بانحراف الحق بواسطة من يستعمله عن غرضه الاجتماعي بالمعنى الذي أسلفناه . ثم يأتي في النص بعد ذلك عدد من المعايير الفرعية المحددة التي تعتبر أظهر تطبيقات عملية للمعيار العام .

وأول هذه المعايير (أ) هو أن يتوفر التعمي من جانب صاحب الحق في استعماله . إذا قصد به أصالة الاضرار بالغير . وهذه صياغة تفيد صاغة التقنين الحالي ، لأن المقصود أن يكون قصد أحداث الضرر هو العامل الأساسي الذي دفع الشخص إلى استعمال الحق ، حتى لو تحقق منفعة عرضية لم تكن مقصودة ، أو كان هذا المقصد مصحوباً بنية جلب منفعة إذا كانت هذه النية عاملاً ثانوياً .

وأدخل تعديل لعل على الفقرة الثانية .

وسمى حكم الفقرة الأولى مع الراى السائد فى الفقه الإسلامى وهو مذهب الأئمة الثلاثة : مالك والنسائى وأحمد . وبه أخذ قانون الوارث (م ٤٣) وقانون الوصية (م ٣٥) . وهو يخالف مذهب الإمام أبى حنيفة الذى جرى عليه العمل قبل ذلك . وبه ثبت الشخصية للمولود فبرث اذا خرج أكثره حيا ولو مات قبل أن يتم خروج باقىه .

ويتفق حكم الفقرة الثانية مع ما نفروه الشريعة الإسلامية من حقوق لأهل السكن . كالحق فى ثبوت نسبه من أبیه . وفى الميراث من مورثه (م ٢٤ من قانون الوارث) . وفى استحقاقه من غلة الوقف الذى هو من مسندیه . . قد يضيفه الذانون الى هذه الحقوق حقوقا أخرى . كإدائه وصى يقبل الوصية أو التبرع للجنين (م ٢٩ و ٢٨) من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وم ٢٠ من قانون الوصية .

#### ( مادة ٣٩ )

تسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة .  
لأن لم توجد فاحكام الشريعة الإسلامية .

يطابق هذا النص المادة ٣٢ من التقنين الحالى . وقد رؤى تعديل ترتيب النصوص على خلاف ما جاء فى التقنين الحالى . كى يأتى هذا النص الذى يؤدى حكمه الى انتهاء الشخصية حكما بعد النص الذى يتضمن انتهاء الشخصية حقيقة .

#### ( مادة ٤٠ )

- ١ - ثبت وقائع الحالة المدنية بالسجلات الرسمية المعلنة لذلك .
- ٢ - وينظم هذه السجلات ويحدد حجيتها فى الاثبات قانون خاص .
- ٣ - فإذا لم توجد هذه السجلات ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بها ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى .

يقابل هذا النص المادتين ٣٠ و ٣١ من التقنين الحالى . فالمادة ٣٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتى :

- ١ - تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .
- ٢ - فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى .

والمادة ٣١ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : . دفانر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها قانون خاص .

وقد روعى فى صياغة المادة المقترحة أن تكون متفقة مع ما هو حاصل الآن من الأخاء . فقام سجل الحالة المالية بالقانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ .

#### ( مادة ٤١ )

- ١ - يكون لكل شخص اسم ولقب . ولقب الشخص يلحق اولاده .
- ٢ - وينظم تشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها .

يطابق الفقرة الأولى من هذه المادة المقترحة نص المادة ٢٨ من التقنين الحالى . ويطابق الفقرة الثانية نص المادة ٢٩ من هذا التقنين .

#### ( مادة ٤٢ )

لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه أو لقبه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه دون حق . أن يطلب وقف هذا الاعتداء . مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

يطابق هذا النص المادة ٥١ من التقنين الحالى مع إضافة اللقب الى الاسم حتى يشملها الحكم جميعا . وقد لرى أن يأتى الحكم الخاص بحماية الاسم بعد الأحكام الخاصة بكسب الاسم وتغييره مباشرة فلا يقوم بينهما فاصل على نحو ما هو حاصل فى التقنين الحالى الذى نصم الاسم فى المادتين ٢٨ و ٢٩ ثم أشار الى حمايته فى المادة ٥١ .

وهذا النص يحس مصلحة شرعية . لأن منازعة الغير فى الاسم وانتحال الغير له محرم شرعا .

#### ( مادة ٤٣ )

- ١ - تكون أسرة الشخص من زوجه وذوى قرياه .
- ٢ - ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك .

يطابق هذا النص المادة ٣٤ من التقنين الحالى مع إضافة لفظ « زوجه » فى الفقرة الأولى قبل « وذوى قرياه » لتحديد أن زوجة الشخص تدخل فى أسرة زوجها . والنص ينصرف الى كل من الزوج والزوجة . فليس من المقبول قصر أسرة أى من الزوجين على أولاده وذوى قرياه مع استبعاد الزوج الآخر . والنص الحالى لا يتسع للزوجة . فهى ليست من ذوى القربى إذ أن أساس صلتها بالزوج رابطة الزوجية لأرابطة القرابة ، إذ قد لا يجمعهما أصل مشترك فلا يعتبران من ذوى القربى .

#### ( مادة ٤٤ )

- ١ - القرابة المباشرة هى الصلة ما بين الأصول والفروع .
- ٢ - وقرابة الحواشي هى الصلة ما بين اشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر .

يطابق هذا النص المادة ٣٥ من التقنين الحالى مع استبدال لفظ « الصلة » بلفظ « الرابطة » فى الفقرة الثانية توحيدا للفظ فى العترتين .

#### ( مادة ٤٥ )

براعى فى حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . وعند حساب درجة الحواشي عند الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه الى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة .

يطابق هذا النص المادة ٣٦ من التقنين الحالى .



يطابق هذا النص المادة ٤٥ من التقنين الحالي . والفقرة الأولى منه مستمدة من الشريعة الإسلامية . والفقرة الثانية تطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ٩٧ من التقنين العراقي والفقرة الثالثة من المادة ١١٨ من التقنين الأردني .

( مادة ٥٢ )

كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد . وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون .

يطابق هذا النص المادة ٤٦ من التقنين الحالي . وهو مستمد من الشريعة الإسلامية .

( مادة ٥٣ )

يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لاحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون .

يطابق هذا النص المادة ٤٧ من التقنين الحالي .

( مادة ٥٤ )

ليس لاحد النزول عن اهليته أو التعديل في احكامها .

يطابق هذا النص المادة ٤٨ من التقنين الحالي .

( مادة ٥٥ )

- ١ - الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة .
- ٢ - ويجوز ان يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما .

يطابق هذا النص المادة ٤٩ من التقنين الحالي . ويتفق حكمه مع ما تقرره الشريعة الإسلامية . فقد جاء في البدائع ( ج ١ ص ١٠٣ - ١٠٥ ) أنه . يجوز أن يكون الموطن الأصل واحد أو أكثر من ذلك بأن كان له أهل ودار في بلدين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها .

وقد عرفت المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الموطن في ضوء احكام الفقه الاسلامي بأنه ، البلد الذي يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة . ( انظر المذكرة الاضاحية لمشروع التقنين الحالي ) .

( مادة ٥٦ )

يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة .

يطابق هذا النص المادة ٤١ من التقنين الحالي .

( مادة ٥٧ )

- ١ - موطن القاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عنه قانونا .

( مادة ٤٦ )

يعتبر اقارب أحد الزوجين في ذات القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر .

هذه المادة تطابق المادة ٣٧ من التقنين الحالي مع تعديل لفظي .

( مادة ٤٧ )

الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص .

يطابق هذا النص المادة ٣٣ من التقنين الحالي .

( مادة ٤٨ )

ليس لاحد النزول عن حريته أو عن حق من الحقوق الملازمة لشخصيته .

تقابل هذا النص المادة ٤٩ من التقنين الحالي . وهي تنص على ما يأتي : « ليس لاحد النزول عن حريته الشخصية » . وقد اضيف في النص المقترح الحقوق الملازمة للشخصية باعتبار أنها حقوق لايجوز التصرف فيها ، وان كان في ذكرها ما يخفى عن ذكر الحرية الشخصية ، الا ان التنوية بالحرية في هذا المقام أولى باعتبارها أساس الشخصية وأولى حقوقها .

( مادة ٤٩ )

لكل من وقع اعتداء على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

يطابق هذا النص المادة ٥٠ من التقنين الحالي مع تعديل طفيف في الصياغة .

( مادة ٥٠ )

- ١ - كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه . يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .
- ٢ - وسن الرشد هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

يطابق هذا النص المادة ٤٤ من التقنين الحالي . والفقرة الأولى منه مستمدة من الشريعة الإسلامية . أما الفقرة الثانية فتستند الى المبدأ الشرعي الذي يخول ولي الأمر سلطة سن ما تقتضيه مصلحة شرعية لاتناقض نصا . اذ أن سن البلوغ في الشريعة الإسلامية خمس عشرة سنة . وهي تقابل المادة ١٠٦ من التقنين العراقي التي تنص على أن سن الرشد هي ثمان عشرة سنة كاملة . كما تقابل المادة ٤٣ فقرة ثانية من التقنين الأردني التي تنص على أن سن الرشد هي ثمان عشرة سنة شمسية كاملة .

( مادة ٥١ )

- ١ - لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو غته أو جنون .
- ٢ - وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز .

(ج) حق التقاضي .

(د) موطن مستقل . ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته . والأشخاص الاعتبارية التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز ادارتها بالنسبة الى القانون الداخلي . المكان الذي توجد فيه الادارة المحلية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣ من التقنين الحالي فيما عدا ما يأتي :  
أولا - تتضمن الفقرة الثالثة من المادة ٥٣ من التقنين الحالي عبارة تقول : « ويكون له نائب بمصر عن ارادته » . وقد استبدلت بهذه العبارة عبارة « ويكون له نائب بمثل » مع نقلها الى جوار الحكم الوارد في صدر النص . اذا أن الشخص الاعتباري ليست له ارادة وانما انقصود أن يكون له ممثل ينوب عنه في مباشرة التصرفات .

ثانيا - استبدلت عبارة « الأشخاص الطبيعية » في البند د من المادة بكلمة « والشركات » .

( مادة ٦١ )

الاحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات واتحاداتها تنظيمها قوانين خاصة .

هذه مادة مستعدة . وعلّة اقتراحها أن الاحكام الخاصة بالجمعيات والمؤسسات التي تتضمنها المواد من ٥٤ الى ٨٠ من التقنين الحالي قد الفيت . حيث تكفل بهذه الاحكام القانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ ثم القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤

### الفصل الرابع

#### تقسيم الاشياء والأموال

( مادة ٦٢ )

١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم الشرع يصح أن يكون محلا للحقوق المالية .

٢ - والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد أن يستأثر بغيرها ، وأما الخارجة بحكم الشرع فهي التي لا يجيز الشرع أن تكون محلا للحقوق المالية .

هذه المادة تطابق المادة ٨١ من التقنين الحالي مع استبدال لفظ « الشرع » بلفظ « القانون » ، لأن ما أخرج عن التعامل بحكم الشرع أوسع نطاقا مما يخرج عن التعامل بحكم القانون .

( مادة ٦٣ )

١ - كل شيء مستقر بجزءه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من اشياء فهو منقول .

٢ - ومع ذلك يعتبر عقارا بالنسبة لبعض المنقول الذي يرضه صاحبه في عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله .

٢ - ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمانى عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة الى التصرفات التي يعتبره القانون اهلا لمباشرتها .

يطابق هذا النص المادة ٤٢ من التقنين الحالي مع حذف كلمة « الأعمال » .

( مادة ٥٨ )

١ - يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين .

٢ - ولا يجوز اثبات وجود الموطن المختار الا بالكتابة .

٣ - والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على اعمال دون اخرى .

يطابق هذا النص المادة ٤٢ من التقنين الحالي .

٢ - الشخص الاعتباري

( مادة ٥٩ )

الاشخاص الاعتبارية هي :

١ - الدولة وكذلك المحالفات والمن والقرى بالشروط التي يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢ - الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣ - الاوقاف .

٤ - الشركات التجارية والمدنية .

٥ - الجمعيات والمؤسسات واتحاداتها .

٦ - كل مجموعة من الأشخاص أو الاموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « المحافقات » بكلمة « المديرية » ، في البند ١ ، وازالة كلمة « واتحاداتها » في البند ٥ حيث يفصل بها اتحادات الجمعيات والمؤسسات .

( مادة ٦٠ )

يتمتع الشخص الاعتباري في حدود القانون بجميع الحقوق ، الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية . ويكون له نائب يمثله كما يكون له :

( ا ) ذمة مالية مستقلة .

( ب ) اهلية في الحدود التي يعينها سبب انشائه أو التي يقررها القانون .

١ - تعتبر أموالاً عامة ، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص .

٢ - وهذه الأموال لا يجوز الصرف فيها أو لحجز عليها أو تملكها بالتقادم .

وفد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة باستبدال عبارة « قرار جمهوري » بكلمة « مرسوم » .

وعدلت الفقرة الثانية باستبدال عبارة « أو تملكها » أو « كسب أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانع من سماع الدعوى » بعبارة « أو تملكها بالتقادم » حيث أن ائتمالة المختارة تشمل في احاطتها بالحكم ، كما ووعي فيها الأخذ بنظام عدم سماع الدعوى الذي اعتمد المشروع على غرار ماقرره الفقه الاسلامي .

وينص من نصوى الدستور أن الأموال العامة أربعة : النوع الأول يشمل الأموال العامة . والنوع الثاني يشمل الأموال الخاصة ، وملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة . والنوع الثالث يشمل « أموال التعاونية » ، والنوع الرابع يشمل الأموال الخاصة ( ٢٩م - ٢٢ من الدستور ) . وعلى هذا الأساس أصبح من المتعين أن يحدد مدلول كل من هذه الأنواع الأربعة في الباب التمهيدي .

( مادة ٦٩ )

تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهي تخصيص بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة .

هذه المادة تطابق المادة ٨٨ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « قرار جمهوري » بكلمة « مرسوم » .

( مادة ٧٠ )

١ - تعتبر من أموال الدولة الخاصة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما .

٢ - وهذه الأموال ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، لا يجوز تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانع من سماع الدعوى . ولا يجوز التعدي عليها ، وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص حق إزالته إدارياً .

الفقرة الأولى من هذه المادة نص مستحدث . ودد رؤى استحداث هذا النص بعد أن اتسع نطاق أموال الدولة الخاصة . وذلك يخلق قطاع عام يشمل أدوات الإنتاج وغيرها . فأموال الدولة الخاصة في حكم هذا النص يراد بها كل ما هو مملوك للدولة عدا الأموال العامة ، سواء كان من أدوات التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو الأواشي أو المباني أو غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٨٢ من التقنين الحالي .

انظر المادتين ٢ و ٣ من مرشد الحيران .

( مادة ٦٤ )

١ - يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .

٢ - ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية .

هذه المادة تطابق المادة ٨٣ من التقنين الحالي .

( مادة ٦٥ )

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، في استهلاكها أو انقائها .

هذه المادة تطابق المادة ٨٤ فقرة أولى من التقنين الحالي .

( مادة ٦٦ )

الأشياء المنقولة هي التي لا تتفاوت أحداً تفاوتاً يعتد به في التعامل ، وتقدر عادة بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن .

هذا النص يقابل المادة ٨٥ من التقنين الحالي . وهي تجرى على المحر الآتي : « الأشياء المنقولة هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء » والتي تعدر عادة في المعامل بين الناس بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن .

وفد رؤى حذف عبارة « يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء » واستبدلت بها عبارة « لا تتفاوت أحداً تفاوتاً يعتد به في التعامل » ، حتى يقتصر النص على تحديد الخصائص دون بيان الأحكام ، إذ المرجع هو إلى عدم التفاوت أساساً لأنه الخاصية التي تتميز بها هذه الأشياء ، وهي التي تؤدي إلى الحكم الذي يجري في التعامل وهو أن بعضها يقوم مقام بعض في الوفاء .

( مادة ٦٧ )

الحقوق التي ترد على شئ غير مادي تنظمها قوانين خاصة .

هذه المادة تطابق المادة ٨٦ من التقنين الحالي .

( مادة ٦٨ )

١ - تعتبر أموالاً عامة ، العقارات والمنقولات التي للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص .

٢ - وهذه الأموال لا يجوز الصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانع من سماع الدعوى .

هذه المادة تطابق المادة ٨٧ من التقنين الحالي التي تنص على

ما يأتي :

يقابل هذا النص المادة ٨٩ من التقنين الحالي التي تقول : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من وصاع معينة لانعقاد العقد .

ويقابل المادة ٩٠ من اسمين المدني الأردني التي تقول : « يعتمد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول » مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد .

ويقابل المادة ٣٢ من التقنين المدني الكويتي .

ويقابل المادة ١٠٤ من المجلة التي تقول : « الانعقاد يعطى كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مسرّع يظهر أنه في متعلقهما » .

#### ( مادة ٧٥ )

١ - يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادأة الفعلية الدالة على التراضي . كما يكون بانعقاد موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً ، إذا لم ينص القانون أو يثق الطرفان على أن يكون صريحاً .

هذه المادة تقابل المادة ٩١ من التقنين الحالي التي تقول :

١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع ظروف الحال شكاً في دلالة على المعنى المقصود .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً . إذا لم ينص القانون أو يثق الطرفان على أن يكون صريحاً . وقد أضيف إلى صور التعبير الصريح في الفقرة الأولى من هذه المادة توضيح يبين أن الإشارة المتداولة عرفاً تكون معبرة ولو من غير الأخرس . كما أضيفت صورة أخرى لهذا التعبير . وهي المبادأة الفعلية الدالة على التراضي .

وتقابل في فقرتها الأولى المادة ٧٩ من التقنين العراقي والمادة ٩٣ من التقنين الأردني .

وتقابل المادتين ٣٤ و ٣٥ من التقنين المدني الكويتي .

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة ٣٤٦ من مرشد الحيران على أنه « كما ينقذ البيع بالإيجاب والقبول خطأ يصح انعقاده بهما تحريراً أو مكتوبة . . . » وينقذ البيع أيضاً بالإشارة المعروفة للأخرس . » ونصت المادة ٣٤٧ على أنه « يصح انعقاد البيع بالتنازل والتعاطي . » ونصت المادة ١٧٣ من المجلة على أنه « كما يكون الإيجاب والقبول بالمتسافهة يكون بالمكاتبة أيضاً . » ونصت المادة ١٧٤ على أنه « ينقذ البيع بالإشارة المعروفة للأخرس . » ونصت المادة ١٧٥ على أنه « حيث أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين فيتعلم البيع بالمبادأة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي

## القسم الأول

### الالتزامات أو الحقوق الشخصية

## الكتاب الأول

### الالتزامات بوجه عام

#### الباب الأول

#### مصادر الالتزام

#### الفصل الأول

#### العقد

#### الفرع الأول

#### أركان العقد

#### ( ١ ) التراضي

#### ( مادة ٧٣ )

العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أنه في المقود عليه .

يطابق هذا النص التعريف الوارد في المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران ، فهي تقول : « العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أنه في المقود عليه - ويترتب على العقد التزام كل واحد من المتعاقدين بما وجب به للآخر . - وكذلك المادة ٨٧ من التقنين المدني الأردني .

وطابق المادة ٧٣ من التقنين المدني العراقي والمادة ١٠٣ من قانون التجارة الكويتي ويقابل المادة ٣١ من التقنين المدني الكويتي ( انظر أيضاً المجلة ١٠١ - ١٠٤ والمذكرة الإيضاحية لشروع التقنين الحالي ) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين الحالي تجنباً للتعريفات الفقهية . وهو مستمد من الفقه الإسلامي . ويدل على النزعة الموضوعية التي تسود هذا الفقه . بينما الفقه اللاتيني المنسق من القانون الروماني تسوده النزعة الذاتية . فالنقطة البارزة في تعريف الفقه اللاتيني للعقد أنه ينشئ التزامات على عاتق شخص أو أكثر ، أما النقطة البارزة في تعريف الفقه الإسلامي للعقد أنه يثبت أنه في المحل .

#### ( مادة ٧٤ )

يتم ارتباط الإيجاب بالقبول ، في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين . مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد .

٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة .

هذه المادة تطابق المادة ٩٣ من التقنين العسالي . وطابق الفترة الأولى منها المادة ٨٤ من التقنين العراقي والمادة ٩٨ من التقنين الأردني . وتطابق المادة ٢/٤١ من التقنين المدني الكويتي . وهذا النص يجد سنداً في الفقه المالكي .

( مادة ٧٩ )

١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول . فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً . ولذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل .

٢ - ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينص مجلس العقد .

هذه المادة تطابق المادة ٩٤ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٨٢ من التقنين العراقي والمادة ٩٦ من التقنين الأردني . وهما نصان على ما يأتي : « المتعاقدان بالتخييار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس . ولو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الأعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك » .

وتقابل المادة ٤٦ من التقنين الكويتي .

وحكم المادة المقترحة مستمد من قواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي ما يأتي : « لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبله عند الحنفية ، إلى وقت انقضاء المجلس أو إلى الوقت الذي يصدره ما يدل على الأعراض ( انظر ١٧٢ - ١٨٣ من الجلة . والبدائع ج ٥ ص ١٢٧ ، ١٢٨ ، ٢٢٨ ) . أما مذهب الشافعي فيستلزم استحبابه القبول فوراً ولكنهم يخلون الجدل حق المدول ، وهو ما يسمونه خيار المجلس . إلى وقت انقضاء المجلس » . أما المذهب المالكي فينتق في الرأي مع مذهب الشافعية ولكنه لا يعطى لتقابل خيار المجلس ( انظر فيما يتعلق بالمذهبين الآخرين بداية الجتهود ج ٢ ص ١٤١ - ١٤٣ والنص ج ٤ ص ٧٦ ) .

وجاء أيضاً في هذه المذكرة ما يأتي : « بعد أن عين مشروع المدة التي يكون الإيجاب خلالها مازماً عند تحديد مصادره ، والحالة التي لا يحصل فيها تحديد . ويبقى التمييز في هذا المقام بين صورتين .

( أ ) فيلاحظ أولاً أن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من قسوره . وتنزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتلفون أو بآية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر .

( انظر أيضاً المبسوط ج ١٢ ص ١٠٨ - ١٠٩ ، البدائع ج ٥ ص ١٣٣ - ١٣٥ بداية الجتهود ج ٢ ص ١٤١ ، النص ج ٤ ص ٧٤ ) . وانظر فيما يتعلق بقبول الإشارة من غير الأخرس ، الزرقاني ج ٥ ص ٤٠ المذكرة الإيضاحية للتقنين الحالي ) .

( مادة ٧٦ )

ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به . ما لم يتم التليل على عكس ذلك .

تطابق هذا النص المادة ٩١ من التقنين الحالي . وتقابل المادة ٢٦ من التقنين المدني الكويتي .

( مادة ٧٧ )

يسقط التعبير عن الإرادة إذا كان من صدره أو من وجه إليه ، لا يعتبر قد مات أو فقد أهليته قبل ارتباط الإيجاب بالقبول .

هذه المادة تعالها المادة ٩٢ من التقنين الحالي التي تنص على أنه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة ، فقد أهليته قبل أن يسبح التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا أثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين لعكس من التعبير أو من طبيعة التعامل .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي في صدد هذا النص ما يأتي :

يجري المذهب المالكي على هذا الرأي : الزرقاني ج ٥ ص ٦٥ . أما المذهب الحنفي فهو على خلاف ذلك : البدائع ج ٥ ص ٢٢٨ وج ٦ ص ٢٠ . الهداية ج ٥ ص ٧٨ . الأشباه ص ١٤٣ .

وقد روي في بعض المنفوخ القبول عن الحكم المؤثر في نص التقنين الحالي والاحد برأى جمهور الفقه الإسلامي وهم الحنفية ( البدائع ج ٥ ص ٢٢٨ وج ٦ ص ٢٠ ) والشافعية ( منى المحتاج ج ٢ ص ٦ ) والحنابلة ( انقضى لابن قدامة ج ٣ ص ٤٨٢ ) والشيعة الجعفرية ( فقه الإمام جعفر ج ٣ ص ٤٤ ) .

حيث ترى هذه المذاهب أن الإيجاب يسقط بموت الموجب أو بفقده أهليته على أساس خيار الموجب في الرجوع فيه ، إذ أنه يتعذر عليه حينئذ أعمال هذا الخيار .

وعليه فمقتضى النص المقترح لا يتخذ العقد إذا كان الموجب أو القابل قد مات أو فقد أهليته قبل أن يسبح القبول أثره بوصوله إلى علم الموجب ، أي قبل ارتباط الإيجاب بالقبول .

( مادة ٧٨ )

١ - إذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد .

## ( مادة ٨١ )

١ - لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التي تناوشت فيها بشأن هذا العقد . أما الاتفاق على بعض هذه المسائل ، فلا يكفي لالزام الطرفين ، حتى لو اُتيت هذا الاتفاق بالكتابة .

٢ - ومع ذلك إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم اتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وكان المشروع التمهيدى للتقنين الحالي يتضمن نصا مطابقا لهذه الفقرة . هو المادة ١٢٧ ، ولكن حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها . وحكمها مسلم به في الفقه الاسلامي ( البدائع ج ٥ ص ١٣٦ ، ١٢٧ ، ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥ ) . وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨٦ من التقنين العراقي ، والفقرة الأولى من المادة ١٠٠ من التقنين الأردني .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق المادة ٩٥ من التقنين الحالي . والفقرة الثانية من المادة ٨٦ من التقنين العراقي ، والفقرة الثانية من المادة ١٠٠ من التقنين الأردني . وتقابل المادة ٥٢ من التقنين المدني الكويتي .

## ( مادة ٨٢ )

١ - يجب لانعقاد العقد ان يكون القبول مطابقا للايجاب .  
٢ - فإذا اقترن القبول بما يزيد في الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق في حكمها المادة ٨٥ من التقنين العراقي ، والفقرة الأولى من المادة ٩٩ من التقنين الأردني . والفقرة الثانية من المادة ٤٣ من التقنين المدني الكويتي وحكمها مسلم به في الفقه الاسلامي ( م ١٧٧ - ١٨٠ من المجلة ، البدائع ج ٥ ص ١٣٦ ، المختار ج ٣ ص ٤ ) .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق المادة ٩٦ من التقنين الحالي ، والفقرة الثانية من المادة ٩٩ من التقنين الأردني ، والفقرة الثانية من المادة ٤٣ من التقنين المدني الكويتي . وحكمها مسلم به في الفقه الاسلامي ( البدائع ج ٥ ص ١٣٦ ) .

## ( مادة ٨٣ )

١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .  
٢ - ويفترض ان الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول .

وقد اخذ المشروع في هذه الصورة من المذهب الجمهور قاعدة حكيمية . فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت ، إذا لم يصدر قبل انقضاء الثمانيين ما يلزم عدول الموجب عن ايجابه في الفترة التي تقع بين الايجاب والقبول . وقد روي من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود ، نظرية الشريعة الاسلامية في اتحاد مجلس العقد .

(ب) أما إذا صدر الايجاب لغائب فيبقى الموجب مرتبطا به الى أن ينقضي الميعاد الذي يتصنع عادة لوصول القبول اليه ، فيما لو كان قد ارسل هذا القبول دون ارجاء لا تبرره الظروف . وللموجب أن يفترض أن ايجابه قد وصل الى الميعاد المقرر لوصول .

## ( مادة ٨٠ )

١ - لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا .  
٢ - زعيم السكوت قبولا بوجه خاص في الأحوال الآتية :

(١) إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجازي أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب .

(ب) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل وسكت من وجه اليه الايجاب عن الرد .

(ج) إذا تمحط الايجاب لمنفعة من وجه اليه .

٣ - يعتبر سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما وزد في قائمة الثمن من شروط .

الفقرة الأولى من هذه المادة نص مستحدث يتضمن القاعدة والاستثناء فيما يتعلق بمدى صلاحية السكوت للتعبير عن ارادة القبول . وهو مستمد من الفقه الاسلامي . وقد نصت عليه المادة ٦٧ من المجلة . كما وردت تطبيقات لحكمه في مواد عديدة من المجلة ( انظر م ٢٧٦ ، ٤٣٨ ، ٨٠٥ ، ١٦٥٩ ) . ( انظر كذلك الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ٧٨ ، الاشياء والنظائر للسيوطي ص ٩٧ ، ٩٨ ) .

وهذه الفقرة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٨١ من التقنين العراقي ، والفقرة الأولى من المادة ٩٥ من التقنين الأردني ، وتطابق في الجزء الأخير منها الفقرة الأولى من المادة من التقنين المدني الكويتي .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتقابل المادة ٩٨ من التقنين الحالي . وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٨١ من التقنين العراقي ، والفقرة الثانية من المادة ٩٥ من التقنين الأردني ، والفقرة الثانية من المادة ٤٤ من التقنين المدني الكويتي .

أما الفقرة الثالثة فتضيف تطبيقا كان واردا في نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالي وما جاء في الفقرتين الثانية والثالثة يتضمن مجرد تطبيقات للاستثناء الدارد على القاعدة .

المذهب ج ١ ص ٢٩٢ . المغنى ج ٤ ص ٢٨٢ و ٢٨٣ . وانظر في بيع متلقى السلع أو الجلب أو الركبان وهو صورة من صور الاحتكار: البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ . الجوهرة الميرة للجسداوى فى شرح مختصر القدورى ج ١ ص ١٠٦ . القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٩ . المذهب ج ١ ص ٢٩٢ . وانظر فى بيع الحاضر للبادى وهو أيضا صورة من صور الاحتكار: البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ . فتح القدير ج ٥ ص ٢٤٠ . المذهب ج ١ ص ٢٩١ ر ٢٩٢ . المغنى ج ٤ ص ٢٨٠ . عبد الرازق السنهورى . مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٢ ص ٥٠ - ٦١ . ويتضح من هذا أن الشريعة الإسلامية تؤيد حماية الطرف الدائن فى عقد الإذعان .

رسنرى فيما يلى من النصوص ما ينهض بهذه الحماية .

#### ( مادة ٨٦ )

- ١ - الاتفاق الذى يمد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد ، إلا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها .
- ٢ - وإذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين . فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد .

هذه المادة تطابق المادة ١٠١ من التقنين الحالى والمادة ٩١ من التقنين العرفى والمادة ١٠٥ من التقنين الأردنى . وتقابل المادة ٧٢ من التقنين المدنى الكويتى ( راجع فى الشريعة الإسلامية أحمد إبراهيم ، النزام التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد ص ٣ ص ٥١ وما بعدها ) .

#### ( مادة ٨٧ )

إذا وعد شخص بإبرام عقد ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ العقد ، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وبوجه خاص ، تتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الأمر المقضى مقام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٢ من التقنين الحالى . لنرى تنص على ما يأتى :

« إذا وعد شخص بإبرام عقد تم نكل . وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد . وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الأمر المقضى به مقام العقد » .

وقد عدلت صياغة هذه المادة على النحو الوارد فى المادة المقترحة لإبراز أن العقد الموعود به ينعقد بمجرد أن يظهر الموعود له رغبته فى التعاقد . إذ أن إبداء الرغبة يكون بمثابة قبول لايجاب يتمثل فى الوعد الذى يلتزم به الواعد . والذى يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي . ومن ثم يكون طلب التعاقد الآخر منصبا على تنفيذ العقد وليس على تنفيذ الوعد .

هذه المادة تطابق المادة ٩٧ من التقنين الحالى . والمادة ٨٧ من التقنين العرفى . وتقابل المادة ١٠١ من التقنين الأردنى . والمادة ٤٩ من التقنين المدنى الكويتى .

انظر فيما يتعلق بأحكام الفقه الإسلامى فى هذا الصدد : م ٣٤٦ من مرشد الحيران . ابدائع ج ٥ ص ١٣٧ و ١٣٨ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٣ - ١٥ . وانظر فيما يتعلق بنظرية العلم بالقبول : فتوح القدير ج ٥ ص ٤٥٦ . وراجع : عبد الرازق السنهورى . مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٢ ص ٥٠ - ٦١ .

#### ( مادة ٨٤ )

لا يتم العقد فى المزايادات إلا بفسو المزاد . ويسقط العطاء بمطاع يزيد عليه ولو كان باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ٩٩ من التقنين الحالى ، وتقابل المادة ٨٩ من التقنين العرفى والمادة ١٠٣ من التقنين الأردنى .

ويقر الفقه الإسلامى بيع المزاد . ويسميه «بيع من يزيده» . ويتفق حكم النص المقترح مع ما يقول به هذا الفقه ( انظر البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ و ٢٣٣ . الزيلعى ج ٤ ص ٦٧ . فتح القدير ج ٥ ص ٢٤١ و ٢٤٢ . الخطاب ج ٤ ص ٢٣٧ . الفناوى الهندية ج ٣ ص ٢١٠ و ٢١٢ . البحر الرائق ج ٦ ص ٩٩ . محل لابن حزم ج ٨ ص ٤٤٧ - ٤٤٩ . عبد الرازق السنهورى . مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٢ ص ٦٢ - ٧٧ ) .

#### ( مادة ٨٥ )

معتبر التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب فى عقد الإذعان قبولا

هذه المادة تقابل المادة ١٠٠ من التقنين الحالى والمادة ١٠٤ من التقنين الأردنى والمادة ١٦٧ فقرة أولى من التقنين العرفى والمادة ٨٠ من القانون الكويتى .

وعقد الإذعان هو العقد الذى يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها . وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى تكون محل احتكار قانونى أو عملى . أو تكون المنافسة محدودة النطاق فى شأنها . وهذا العقد وليد التطور فى الحياة الاقتصادية الحديثة . حيث ظهرت شركات الاحتكار للبراق العامة والسلع الضرورية . ومن أمثلته عقد العمل فى الصناعات الكبيرة . وعقد التأمين بأنواعه المختلفة ، وعقد العمل مع مصلحة السكك الحديدية وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران ، وعقد الاشتراك فى المياه والنور والغاز والهاتف . والعقد مع مصلحة البريد والبرق .

ولذلك لا يتحدث الفقه الإسلامى عن عقد الإذعان ، وإنما يتناول الفكرة الجوهرية التى يقوم عليها هذا العقد . وهى الاحتكار الشخصى سلعة ضرورية فبزيد من سعرها ويبيعها للناس بحسب هواه . فيعرض الناس للسعر الذى يفرضه نظرا الى حاجتهم الشديدة لهذه السلعة .

وقد حمل الفقه الإسلامى على الاحتكار وتناوله فى صورتين كانتا مألوفتين فى عهد . وهما بيع متلقى السلع وبيع الحاضر للبادى ( انظر فى الاحتكار : الفناوى الهندية : ج ٣ ص ٢١٣ و ٢١٤ . المدونة الكبرى ج ١٠ ص ١٢٣ . القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ .

٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقًا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بهجلاً للنائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المعلوم حينما أن يعلمها .

وقد روعي في تعديل نص هذه المادة أن هناك حالات تنفرد فيها إرادة النائب بأبرام التصرف ، كما هو الشأن في حالات النيابة القانونية وحالات الوكالة التي يكون دور الموكل فيها ثانويًا ، وتواجه الفقرة الأولى من النص المقترح هذه الحالات ، حيث يعتد بإرادة النائب وحده .

وهناك حالات لا يبرم فيها النائب إلا بدور ثانوي ، كما هو الشأن في حالات الوكالة التي يكون دور الوكيل فيها ثانويًا ، حيث يعتد بإرادة الأصل بصفة أساسية ، وهناك حالات تتعاون إرادة الأصل مع إرادة النائب ، وحينئذ يعتد بإرادة كل من الأصل والنائب في حدود القدر الذي أسهم به كل منهما في إبرام التصرف ، والفترة الثانية من النص المقترح تواجه هاتين الطائفتين الأخريتين من الحالات .

ويؤخذ على الفقرة الثانية من النص الحالي أنها لا تأخذ بالفكرة الأساسية بصورتها الكاملة ، فتقتصر الحكم على حالات علم الأصل ببعض الظروف ، مع أن هذا يتنافى مع غرض الشاوع من النص ويناقض المكرة التي يقوم عليها الحكم ، ولهذا يجب في هذا النطاق أن يعتد بكل من الإرادتين في حدود القدر الذي أسهمت به كل منهما ، سواء فيما يتعلق بتعويض الإرادة أو عيوبها أو غير ذلك من الظروف التي تؤثر في صحة التصرف أو نفاذه .

والمادة ١٠٤ من التقنين الحالي تطابقها المادة ١١١ من التقنين الأردني ، كما تطابقها في الحكم المادة ٥٦ من التقنين المدني الكويتي .

ولم تظهر فكرة النيابة بتنظيم شامل إلا في التقنينات الحديثة ، فلم ترد في التقنين الفرنسي ولا في التقنينات العربية القديمة نظرية عامة للنيابة ، وإنما وردت نصوص متفرقة أكثرها في خصوص الوكالة ، وهذا هو شأن الفقه الإسلامي ، حيث لم ترد فيه نظرية عامة للنيابة ، وإنما جاءت فيه نصوص متفرقة أكثرها في الوكالة ، ولما أقام التقنين الحالي نظرية عامة للنيابة نقلت عنه التقنينات العربية الحديثة ، بما فيها التقنين الأردني ، ما عدا التقنين العراقي ، فقد اقتصر على إيراد فريق من النصوص في خصوص الوكالة .

غير أنه يلاحظ أن المبادئ التي تقوم عليها النظرية العامة للنيابة بقرها الفقه الإسلامي ، إذ أن ما ورد فيه في خصوص الوكالة ليس سوى تطبيقاً لهذه المبادئ .

#### ( مادة ٩٠ )

إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصل .

هذه المادة تطابق المادة ١٠٥ من التقنين الحالي ، والمادة ١١٢ من التقنين الأردني ، والمادة ٥٧ من التقنين الكويتي .

ونصت المادة ٩٤٢ من التقنين العراقي على الحكم ذاته في خصوص عقد الوكالة ، فقالت إن : حقوق العقد تعود إلى العاقد ، فإذا تمسك الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه .

كما أدخلت تعديلات لفظية ، فاستبدلت عبارة : وبوجه خاص ، بعبارة : وبخاصة ، واستبدلت عبارة : قوة الأمر المقضي ، بعبارة : قوة الشيء المقضي به ، .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٦ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ١٠٢ من التقنين المصري الحالي .

والسند التبرعي لها هو ذلك المبدأ الأساسي في الشريعة الإسلامية الذي جاء في الآية الكريمة : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود .

#### ( مادة ٨٨ )

١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في الرجوع عنه خلال مدة معقولة ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ - فإذا عدل من دفع العربون ، ففقد ، وإذا عدل من قبضه ، رده ورد مثله معه .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٣ من التقنين الحالي .

وهي تقابل المادة ١٠٧ من التقنين الأردني ، وتقابل المادة ٩٢ من التقنين العراقي ، وتقابل المادتين ٧٥ و ٧٦ من التقنين المدني الكويتي ، وحكم العربون ، وإن كان غير متفق عليه في الفقه الإسلامي ، إلا أن الإمام أحمد بن حنبل يجيز بيع العربون ( انظر المصنف ج ٤ ص ٥٨ و ٥٩ ) ، ( وانظر رأياً مخالفاً عند الإمام مالك : الموطأ ٢ ص ٦٠٩ ) .

أما دلالة العربون في الفقه الإسلامي عند الشك ، هل هي للتعاقد أو لجواز العتول ، فامر يترك للعرف والمادة ، ففي الفقه الإسلامي العادة محكمة ( انظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ٩٦ - ١٠٢ ) .

وقد أخذ في النص المقترح ، كما هو الحكم في التقنين الحالي ، بدلالة المدلول ، حيث يعتبر دفع العربون دليلاً على أن لكل من المتعاقدين الحق في المدول عن العقد خلال المدة التي يجوز له فيها ذلك ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

#### ( مادة ٨٩ )

١ - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لشخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في وجود الإرادة والتعدي عنها وعبوبها وأثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حينما .

٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقًا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، كان محل الاعتبار عند النظر في الأمور المذكورة في الفقرة السابقة هو شخص كل من الأصل والنائب ، وذلك بالآثار التي أسهمت به إرادة كل منهما في إبرام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٠٤ من التقنين الحالي ، وهي تجري على النحو الآتي :

١ - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حينما .



هذه المادة تقابل المادة ١٠٨ من التقنين الحالي التي تنص على أنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء كان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة.

وقد عدلت هذه المادة على النحو المذكور في المتن، وذلك أخذاً بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الإسلامي. والعقد الموقوف ينشأ صحيحاً، ولكنه لا ينتج لأناره فتظل هذه الآثار موقوفة على أن ينقضي العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فينفذ. فإذا تعاقد الغائب مع نفسه العقد الموقوف على إجازة الأصيل، وذلك على أساس أن الغائب قد جاوز حدود نيابته. فإذا أجاز الأصيل العقد نفذ، وإذا لم يجزه بطل.

والمادة المقترحة تقابل المادة ١١٥ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ١٠٨ من التقنين المصري الحالي.

وتقابل المادة ٦٢ من التقنين الكويتي التي تنقل في حكمها مع المادة ١٠٨ من التقنين المصري الحالي. حيث تنص على أنه لا يجوز للغائب بدون إذن خاص، أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، ولو أجرى هذا التعاقد لحساب شخص آخر غيره. فإذا حصل منه ذلك كان تصرفه غير نافذ في مواجهة الأصيل، ما لم يحصل إقراره، وذلك كله ما لم يقض القانون أو عرف التجارة بما يخالفه.

أما التقنين العراقي فلم يزد فيه نص عام في هذا الموضوع، وإنما اكتفى الشارع فيه بتحريم التعاقد مع النفس في حالات معينة.

كذلك لم يرد في الفقه الإسلامي قاعدة عامة في هذا الخصوص وإنما اقتصر الأمر فيه على تحريم التعاقد مع النفس في حالات معينة (انظر المادتين ١٤٨٨ و ١٤٩٦ من المجلة، والمواد ٣٦٣ - ٣٦٦ من مرشد البحرين).

#### ( مادة ٩٤ )

كل شخص أهل للتعاقد، ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون.

هذه المادة تطابق المادة ١٠٩ من التقنين الحالي، والمادة ٩٣ من التقنين العراقي، والمادة ١١٦ من التقنين الأردني. وتطابق في حكمها المادة ٨٤ من التقنين الكويتي.

#### ( مادة ٩٥ )

ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة.

هذه المادة تطابق المادة ١١٠ من التقنين الحالي، والمادة ١١٧ من التقنين الأردني. وتطابق في حكمها المادة ٩٦ من التقنين العراقي، والمادة ١/٨٦ من التقنين الكويتي.

وحكمها مستمد من الشريعة الإسلامية. م ٩٦٦ من العدة وم ٣٦٩ من مرشد البحرين.

انظر في خصوص عقد الوكالة: المجلة م ١٤٦٠ - ١٤٦٢. وانظر م ١١٣ من التقنين الأردني.

#### ( مادة ٩١ )

إذا لم يعلن الماعد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.

هذه المادة تطابق المادة ١٠٦ من التقنين الحالي، فيما عدا استبدال عبارة « يستفاد من الظروف » بعبارة « المفروض حتماً ». وقد كانت العبارة المقترحة موجودة في النص في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ولكن استبدلت بها العبارة الثانية في لجنة مجلس الشيوخ، مع أن العبارة الأولى أدق في الدلالة على المعنى المقصود.

وتطابق في حكمها المادة ٥٨ من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة ٩٤٣ من التقنين العراقي التي وردت في خصوص الوكالة. حيث تنص على أنه إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلاً فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل ولا يهما أن يرجع عليه.

وتقابل المادة ١١٣ من التقنين الأردني التي تقول: « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسمه لأن حكم العقد يرجع إلى الأصيل وتصرف حقوق العقد إلى النائب إلا إذا كان التعاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فتراجع الحقوق إلى الأصيل كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه ».

انظر: مرشد البحرين م ٢٧٩ و ٢٨٠، المجلة م ١٤٦٠ و ١٤٦١ و ١٥٩٠ و ١٥٩٣.

#### ( مادة ٩٢ )

إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان مما وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاماً، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه.

هذه المادة تطابق المادة ١٠٧ من التقنين الحالي والمادة ١١٤ من التقنين الأردني.

وتطابق في حكمها المادة ٩٤٨ من التقنين العراقي التي وردت في خصوص عقد الوكالة، فقالت أنه لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهاءها.

وتقابل المادة ٦٠ من التقنين الكويتي.

#### ( مادة ٩٣ )

لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء كان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل، فإذا وقع هذا التعاقد، كان وقوف على إجازة الأصيل. وهذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة.

وكذلك المادة ١٠١ فقرة أول من التقنين العراقي التي تقول :  
« للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الاذن وليس للولي  
أن يحجر عليه بعد ذلك » .

كما تقابل المادة ١١٩ فقرة أول من التقنين الأردني التي تنص على أن  
« للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز اذا اكمل الخامسة  
عشرة مفادوا من ماله وياذن له في التجارة تجربة له » . ويكون الاذن  
مطلقا أو مقيدا » .

وكذلك المادة ١٢٢ فقرة أول من التقنين الأردني التي تنص على أن  
« للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الاذن وليس للولي  
أن يحجر عليه بعد ذلك » .

أنظر م ٩٦٨ من المجلة وما يليها .

وتطابق في حكمها المادة ٨٨ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٩٨ )

تحجر المحكمة على المجنون والمعتوه والسفيه وذو الفعلة . وترفع  
الحجر عنهم . وفقا للقواعد والاجراءات المقررة في القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٣ من التقنين الحالي مع تعديلات لفظية  
طفيفة .

وهي تقابل المادة ٩٤ من التقنين العراقي التي تقول : « الصغير  
والمجنون والمعتوه مجبورون لذاتهم » . وكذلك المادة ٩٥ من هذا التقنين  
التي تقول : « تحجر المحكمة على السفيه وذو الفعلة وبعن الحجر بالطرق  
المقررة » .

وتقابل المادة ١٤٧ من التقنين الأردني التي تقول : « ١ - الصغير  
والمجنون والمعتوه مجبورون لذاتهم » . ٢ - أما السفيه وذو الفعلة فتحجر  
عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والاجراءات المقررة في  
القانون » . ٣ - يبلغ قرار الحجر للمجبر ويعلن للناس سببيه  
وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة » .

وتقابل المادة ٩٥٧ من المجلة التي تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه  
مجبورون لذاتهم » . وكذلك المادة ٩٥٨ من المجلة التي تقول : « المحاكم  
أن يحجر على السفيه » .

وتقابل المادة ٨٥ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٩٩ )

١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه . اذا سلسل التصرف بعد  
تسجيل قراء الحجر » .

٢ - اذا صدر التصرف قبل تسجيل قراء الحجر : فلا يكون باطلا  
الا اذا كانت حالة المجنون أو المعتوه شائعة وقت التعاقد . أو كان الطرف  
الأخر على بينة منها » .

هذه المادة تطابق المادة ١١٤ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ١٠٧ من التقنين العراقي التي تقول : « المعتوه هو في  
حكم الصغير المميز » . وكذلك المادة ١٠٨ من هذا التقنين التي تقول :

#### ( مادة ٩٦ )

١ - اذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت  
نافعة نفعا محضا . وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

٢ - اما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون موقوفة  
لمصلحة القاصر ، ويؤول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر التصرف  
بعد بلوغه سن الرشد . أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة  
بحسب الاحوال وفقا للقانون .

هذه المادة تقابل المادة ١١١ من التقنين الحالي التي تقول :

١ - اذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت  
نافعة نفعا محضا . وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

٢ - اما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة  
للابطال لمصلحة القاصر . ويؤول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر  
التصرف بعد بلوغه سن الرشد . أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من  
المحكمة بحسب الاحوال وفقا للقانون .

ولقد غدلت الفقرة الثانية من هذه المادة الأخيرة بالأخذ بفكرة المقدم  
الموقوف التي يقول بها الفقه الاسلامي بدلا من فكرة المقدم القابل للابطال .  
فيكون تصرف الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على اجازة  
وليه في الحدود التي يحوز فيها التصرف ابتداء أو اجازة المحكمة أو  
اجازته هو بعد بلوغه سن الرشد .

وسنعرض فيما بعد للاعتبارات التي تدعو الى تفضيل فكرة المقدم  
الموقوف التي يقول بها الفقه الاسلامي على فكرة المقدم القابل للابطال  
التي يأخذ بها التقنين الحالي .

والنص المقترح مستمد من الشريعة الاسلامية : وهو يطابق في حكمه  
المادة ٩٧ فقرة أول من التقنين العراقي . والمادة ١١٨ فقرة أول وثانية  
من التقنين الأردني . والمادة ٩٦٧ من المجلة . والمادتين ٢٧٠ و ٢٧١  
من مرشد الجبران .

#### ( مادة ٩٧ )

اذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره واذن له في تسلم امواله  
لادارتها . كانت اعمال الادارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي  
رسمها القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٢ من التقنين الحالي . مع حذف  
عبارة « أو تسلمها بحكم القانون » التي جاءت وفقا لما كان يقضى به  
قانون المجالس الحسينية الصادر في سنة ١٩٢٥ . فقد كان هذا القانون  
يقول القاصر الذي بلغ الثامنة عشرة الحق في تسلم امواله وأدارتها بحكم  
القانون دون حاجة الى اذن . ما لم يمنع من التصرف . ثم جاء قانون  
المحاكم الحسينية الصادر في سنة ١٩٤٧ ومن بعده قانون الولاية على المال  
الصادر في سنة ١٩٥٢ . فاضطرر كلاهما الاذن .

وتقابل المادة ٩٨ فقرة أول من التقنين العراقي التي تقول : « للولي  
بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز اذا اكمل الخامسة عشرة  
مفادوا من ماله وياذن له في التجارة تجربة » . ويكون الاذن مطلقا أو  
مقيدا » .

وتقابل المادة ١٠١ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٩٩٠ من مجلة النى تقول : « السفينة المحجور عنها في المعاملات كالصغير المميز ولكن ولي السفينة العامة - تعدل وليس له وحده وأوصيته عليه حق ولاية » . وكذلك المادة ٩٨١ من المج : « يقول : « تصرفات السفينة التي تعلق بالمعاملات القولية اموال » بعد الحجر لا تنسخ . لكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس » . انظر ٢٧٣ من مرشد البحرين .

#### ( مادة ١٠١ )

١ - يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا . متى اذنت المحكمة في ذلك .

٢ - وتكون أعمال الادارة الصادرة من المحجور عليه لسفه أو غفلة ، المأذون له بمسلم أمواله صحيحة ، في الحدود التي رسمها القانون .

هذه المادة تقابل المادة ١١٦ من التقنين الحالي ، مع تعديل الفقرة الثانية بحيث يشمل حكمها المحجور عليه للغفلة أموة بالمحجور عليه للسفه ليتسق حكمها مع حكم المادة ٦٧ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالحكام الولاية على المال ، وهي تنص على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة أو باذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها ، وفي هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التي تسرى في شأن أقاصير المأذون » .

ونطبق في حكمها المادة ١٣٠ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى اذنت المحكمة في ذلك .

٢ - ويكون أعمال الادارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه المأذون له بمسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمتها الجهة التي اصدرت الاذن .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٩ من التقنين العراقي التي تنص على أنه ، « تصح وصايا السفينة بثلاث ماله » ، وكذلك المادة ١١٠ من هذا التقنين التي تنص على أن « ذو الغفلة حكمه حكم السفينة » .

وتقابل المواد ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢٧٣ من مرشد البحرين التي تنص على أن المحجور عليه حجرا قضائيا لسفه يصح تصرفاته في وصائه بالقرب من ثلث ماله ان كان له وارث .

#### ( مادة ١٠٢ )

١ - اذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أصم أصم ، أو أصم أبكم ، وتدل عليه : « بـ » ذلك التعبير عن اذنته ، أو كان يغشى عن أفرادة « بـ » تصرفه في ماله بمسما عجز جسماني شديد ، جاز للمحكمة

« المحجورون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز » ، أما المحجور غير المطبق تصرفاته في حالة افاقته كتصرفات الماقل » .

وتقابل المادة ١٢٨ من التقنين الأردني التي تقول : « ١ - المعتوه هو في حكم الصغير المميز » ٢ - المحجورون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، أما المحجورون غير المطبق فتصرفاته في حالة افاقته كتصرفات الماقل » .

وتقابل المواد ٩٧٨ و ٩٧٩ و ٩٨٠ من المجلة وهي تطابق نصوص التقنين العراقي والأردني المذكورة . وتقابل المادة ٢٦٩ من مرشد البحرين .

وتقابل المواد ١٠٠ و ٩٩ و ٩٨ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ١٠٠ )

١ - يسرى على تصرف السفينة وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام .

٢ - أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلا أو موقوفا الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

هذه المادة تقابل المادة ١١٥ من التقنين الحالي التي تقول : « (١) اذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفينة بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » (٢) أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال . الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة تعديلا لفتيا على النحو الوارد في النص المقترح .

وعدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف التي تقول بها الفقه الاسلامي بدلا من فكرة العقد العايل للإبطال .

فبعد تسجيل قرار الحجر يكون تصرف السفينة أو ذي الغفلة « الدائر بين النفع والضرر موقوفا على اجازة القيم في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداء أو اجازة المحكمة أو اجازته هو بعد رفع الحجر » . اما قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون هذا التصرف موقوفا الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٩ فقرة أولى من التقنين العراقي التي تقول : « السفينة المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز » . ولكن ولي السفينة المحكمة أو وصيها فقط وليس لآبيه وجده ووصيها حق لولاية عليه . اما تصرفات السفينة التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور : الا اذا كان التصرف وقع غشا بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفينة توقعا للحجر » . وكذلك المادة ١١٠ من هذا التقنين التي تقول : « ذو الغفلة حكمه حكم السفينة » .

وتقابل المادة ١٢٩ من التقنين الأردني التي تقول :

١ - يسرى على تصرفات المحجور للغفلة أو السفينة ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام . ولكن ولي السفينة المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لآبيه أو جده أو وصيها حق الولاية عليه » ٢ - اما تصرفاته قبل الحجر فمعتمة الا اذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

## ( مادة ١٠٣ )

إذا كان طلب العجز أو المساعدة القضائية قد سجل قبل تسجيل قرار العجز أو المساعدة ، ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار من أحكام .

هذا نص مستحدث ، وقد قصد من إبرامه أعمال حكم المادتين ١٠٢٦ و ١٠٢٨ من قانون المرافعات . حيث تجيز الأولى تسجيل طلبات العجز والمساعدة القضائية ، وترتب الثانية على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار في تطبيق أحكام القانون المدني .

## ( مادة ١٠٤ )

التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والفوام ، تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون .

هذه المادة تطابق المادة ١١٨ من التقنين الحالي .  
وتطابق المادة ١٢٢ من التقنين الأردني .

## ( مادة ١٠٥ )

يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض ، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته .

وهذه المادة تطابق المادة ١١٩ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ١٣٤ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ٢٠ - غير أنه إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض » .

وتطابق في حكمها المادة ٩٧ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ١٠٦ )

١ - يكون الغلط جوهرياً ، بلغوات الوصف المرغوب فيه ، إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

٢ - فيكون العقد موقوف النفاذ :

( أ ) إذا وقع الغلط في صفة للشئ تكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن النية .

( ب ) إذا وقع الغلط في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك .

٢ - بعد تسجيل قرار المساعدة ، إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً أي تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة فيها بغير معاونة المساعد ، كان هذا التصرف موقوفاً على إجازة المساعد أو المحكمة .

هذه المادة تقابل المادة ١١٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعدر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك .

٢ - ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية ، فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة .

وقد أدخل على هذه المادة الواردة في التقنين الحالي التعديلات الآتية :

أولاً - أضيف إلى الفقرة الأولى الحالة التي يخفى فيها من أفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد . وذلك حتى يتسق النص المقترح مع نص المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال الذي يتناول هذه الحالة إلى جانب حالة الإصابة بعاهتين من المعاهات الثلاثة المذكورة .

ثانياً - عدلت الفقرة الثانية بما يتفق مع الأخذ بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الإسلامي بدلاً من فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٠٤ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعدر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تنصب عليه وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي » .

وتقابل المادة ١٣٢ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعدر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له وصياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك » .

وتقابل المواد ١٠٧ و ١٠٨ و ١٠٩ من التقنين الكويتي .

(ج) اذا وقع الغلط في امور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقدين الذي يتمسك بالغلط، أن يعتبرها ضرورية للعقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٢١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي .  
١ - يكون الغلط جوهرية اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمنع معه التعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

٢ - ويعتبر الغلط جوهرية على الأخص :

(أ) اذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن النية .

(ب) اذا وقع في ذات التعاقد أو صفة من صفاته . وكانت تلك الغلط أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

(١) أضيف الى الفقرة الأولى معيار الغلط الذي يقول به الفقه الاسلامي كمرادف للغلط الجوهرية . وهو فوات الوصف المرغوب فيه . وبذلك يخضع معيار الغلط للتحديد الدقيق الذي تقول به النظرية الحديثة في الغلط على النحو الوارد في هذه الفقرة .

وطبقا لما يقول به الفقه الاسلامي . فان فوات الوصف المرغوب فيه قد تعلق عليه الإرادة الصريحة في العقد أو الملابس وظروف الحال أو طنائع الأشياء أو العرف ( انظر : الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٤٠ - ١٤١ . البدائع ج ٥ ص ١٤٠ و ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٩٢ و ٣٣٥ . فتح القدير ج ٥ ص ١٥١ و ٢٠١ و ٢٠٦ . المبسوط ج ١٣ ص ١٢ و ١٣ . البحر الرائق ج ٦ ص ٢٠٥ . عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ١١١ - ١٥٦ ) . وهذا ما ذكرته المادة ١٥١ من التقنين الأردني . وهو يدخل جميعه في نطاق الدلالات التي وردت في البنود أ و ب و ج من الفقرة الثانية للنص المقترح .

(٢) صيغت العبارة الأولى من الفقرة الثانية على نحو يخالف ما جاء في نص التقنين الحالي . فعبارة هذا النص تدل على أن ما ورد ذكره بعدها هو مجرد أمثلة لحالات الغلط . بينما العبارة المقترحة يفهم منها حصر حالات الغلط في البنود التالية . وقد روعي في هذه الصياغة الأخذ بفكرة العقد الموقوف .

(٣) أضيف بند ثالث (ج) للبندين الواردين في نص التقنين الحالي . وقد جاء هذا البند في نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي . ولكنه حذف لأن ذكر الحالة الواردة فيه مع العاليتين السابقتين يكاد يحيط بكل حالات الغلط فلا يصبح هناك معنى لإيراد الفقرة الثانية من النص على سبيل التمثيل . لاسيما وأن الحالة المحذورة مستفاد حكمها مما ورد في البند الأول .

ومع ذلك روي إضافة هذا البند لتأكيد ثمة حالتين للغلط غير تلك التي وردت في البندين (أ و ب) . وهما حالة الغلط في القيمة وحالة الغلط في الباعث .

والمادة المقترحة يقابلها المادتان ١١٧ و ١١٨ من التقنين المدني الحالي . فالمادة ١١٧ من هذا التقنين تجمع بين الغلط المانع من

انعدام العقد والغلط الذي يجعل العقد موقوفا على إجازة التعاقد . حيث تنص على ما يأتي :

١ - اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشار إليه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لا نفع له وان اتعد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالشار إليه . فمعد لوجوده الا أنه يكون موقوفا على إجازة التعاقد .

٢ - فاذا بيع هذا النص على أنه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع . ولو بيع هذا النص ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيض البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفا على إجازة المشتري .

وهذه المادة مطابق في حكمها المادة ٣٠١ من مرشد المحرر والمادتين ٢٠٨ و ٣١٠ من المجلة .

والمادة ١١٨ من التقنين العراقي تطابق في حكمها المادة المقترحة . حيث تنص على ما يأتي :

لاعتراف بالظن البين خطأ . فلا ينفذ العقد :

١ - اذا وقع غلط في صفة للشئ تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية .

٢ - اذا وقع غلط في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الغلط أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد .

٣ - اذا وقع غلط في امور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقدين الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للعقد .

وفي التقنين الأردني يقابل المادة المقترحة المواد ١٥١ و ١٥٢ و ١٥٣ . فالمادة ١٥١ من هذا التقنين تنص على أنه لا يعتبر الغلط الا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابس وظروف الحال أو طنائع الأشياء أو العرف .

والمادة ١٥٢ من هذا التقنين تتناول الغلط المانع من انعقاد العقد . حيث تنص على أنه اذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد .

والمادة ١٥٣ من هذا التقنين تتناول الغلط الذي يدخل التعاقد خيار الفسخ . حيث تنص على أن للمالك فسخ العقد اذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات التعاقد أو صفة فيه .

ويتضح من هذه النصوص أن أحكام الغلط في التقنين العراقي والتمسك الأردني . وهما التقنينان اللذان حرصا على الأخذ من الشريعة الاسلامية . تنفق في الجملة مع ما تنص به المادة المقترحة . فالمادة ١١٨ من التقنين العراقي تطابق في حكمها المادة المقترحة . والمادة ١٥٣ من التقنين الأردني ذكرت الحالات الواردة في البندين (أ و ب) من المادة المقترحة على سبيل التمثيل .

ولعل في وقوفنا عند فكرة الغلط الجوهرى الذى تقوم عليها النظرية الحديثة في الغلط ، وهى الفكرة التى يأخذ بها التقنين الحال ، ما يكمل الافادة من السقدم العلمى فى عصرنا . حيث المياد ذاتى ، فهو يقوم على تقدير المعاهد لأمريتين يكون هو الدافع الرئيسى الى التعاقد سواء انصب الغلط على صفة جوهرية فى الشئ ، أو ذات التعاقد ، أو صفة فيه إذا كانت هذه أو ملك محل اعتبار ، أو قيمة الشئ أو الباعث على التعاقد . وتعتبر هذه الشمولية مرحلة تقدمية بالنسبة الى المراحل السابقة التى مرت بها فكرة الغلط . وإن كان الفقه الإسلامى لا يعرض للغلط فى القيمة إلا عن طريق الفين ، ثم هو لا يمتد يالفين إلا إذا صحبه تغريب أو تدريس .

فكرة الغلط الجوهرى بهذا المعنى وعنا الشمول ليست سوى تحديد دقيق للمعيار الذى يأخذ به الفقه الإسلامى ، وهو قوت الوصف المرغوب فيه فى ضوء ما تدل عليه الإرادة الصريحة فى العقد أو التلاسان وظروف الحال أن طبائع الأشياء أو العرف .

#### ( مادة ١٠٧ )

يكون العقد موقوف التنفيذ لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادة السابقة ، ما لم يقض القانون بغير هذا .

هذه المادة تعادل المادة ١٢٢ من المصين الحال التى تنص على أنه يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين . هذا ما لم يقض القانون بغيره .

وقد عدلت هذه المادة بالأخذ بفكرة العقد الموقوف بدلاً من فكرة العقد القابل للإبطال . وإدخال تعديل لغنى فى نهاية النص .

وسنعرض فيما بعد للاعتبارات التى تدعو الى تفضيل فكرة العقد الموقوف التى يقول بها الفقه الإسلامى على فكرة العقد القابل للإبطال التى يأخذ بها التقنين الحال .

والمادة الأخيرة تعادل المادة ١٥٤ من التقنين الأردنى التى تنص على أن : للعقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط فى القانون وتوافرت شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين ( ١٥١ و ١٥٢ ) ما لم يقض القانون بغيره .

#### ( مادة ١٠٨ )

لا يجوز للمتعاقدين الذى وقع فى غلط أن ينمساك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط . أو كان على علم ، أو كان من المفروض حتماً أن يتبينه .

هذه لفظة تطابق فى حكمها المادة ١٢٠ من التقنين الحال التى تنص على أنه : إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد . إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط . أو كان على علم به . أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن نصوص الفقه الإسلامى تتناول نوعين من الغلط :

النوع الأول : هو الغلط المانع الذى يمنع انعقاد العقد ، فيكون العقد باطلاً . وذلك حين يقع الغلط فى جنس الشئ بأن يكون المقود عليه من جنس غير الذى اعتد به أحد المتعاقدين ، حيث يكون المحل معلوماً ، كمن يبيع ماساً فإذا هو زجاج ، وحين يتحد الجنس ولكن يتفاحش التفاوت فى المنفعة ، بأن يكون التفاوت بين حقيقة المقسود عليه وما إرادته التعاقد فاحشاً ، كمن يبيع داراً من أجر فإذا بها من لبن .

والنوع الثانى هو الغلط الذى لا يمنع من انعقاد العقد ، فبكون العقد صحيحاً ناعماً ولكنه غير لازم ، حيث يكون للعقد خيار الفسخ ، إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه . وذلك حين يحدث الجنس ولكن تفاوت المنفعة دون تفاحش فى التفاوت ، فيقتصر الأمر على فوات وصف مرغوب فيه ، كمن يبيع ياقوتاً أحمر فإذا هو أصفر ، أو يقع غلط فى دانية الشخص أو صفة جوهرية فيه إذا كانت هذه أو تلك محل الاعتبار ( انظر المراجع التى تقدمت الإشارة إليها ) .

وقد جمع التقنين العراقى فى نصوصه كما رأينا بين الغلط المانع من انعقاد العقد ، والغلط الذى لا يمنع من وجود العقد ولكن يجعله موقوفاً على اجازة العقد . فجات المادة ١١٧ من هذا المعنى مطابقة فى حكمها لما تنص عليه المادة ٣٠١ من مرشد الحيران والمادتين ٢٠٨ و ٢١٠ من المجلة مع أخذه بفكرة العقد الموقوف بدلاً من فكرة خيار الفسخ . ولكنه مع ذلك أراد التوفيق ما بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام التقنين المصرى الحال ، فأخذ الى جانب هذه النصوص بالنظرية الحديثة فى الغلط التى تقوم على فكرة الغلط الجوهرى كما هو واضح من النصوص السابقة الذكر .

أما التقنين المدنى الأردنى فقد جمع فى نصوصه بين الغلط المانع الذى يجعل العقد باطلاً والغلط الذى لا يمنع من وقوع العقد صحيحاً ولكن يكون للعقد فيه خيار الفسخ ، دون أن يشير صراحة الى فكرة الغلط الجوهرى .

وجدير بالذكر أن التكرير فى هذا البيان على التقنين العراقى والتقنين الأردنى إنما يرجع الى أنهما التقنيتان العربيتان اللذان أخذتا من الشريعة الإسلامية بقدر كبير . أما التقنيتان العربية الأخرى ، كالتقنين المدنى السوري والتقنين المدنى الليبى ، فنصوصها مطابقة للتقنين المصرى .

وقد رزى فى المصروع المقترحة فى موضوع الغلط ، وهى تطابق فى الحماية المتعاقدين الحال ، استبعاد النص على الغلط المانع ، لأنه ينصب على طبيعة العقد أو على ركن فيه . وهذا النوع من الغلط يعدم الإرادة . فحقيقته أن توافيق الإرادتين لم يتم فى شأن ركن من أركان العقد ، فبكون ركن الترضى غير موجود ، ومن ثم يقع العقد باطلاً .

فتنح فى هذا المقام بصدد غلط يعيب الإرادة ولا يمس وجودها ، فلا يمنع من وجود العقد صحيحاً ، وإنما يكون من شأنه فحسب أن يجعل العقد موقوفاً على اجازة التعاقد .

١ - يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسماء بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد .

٢ - ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملائمة ، اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملائمة .

وفد ادخلت على الفقرة الأولى من هذه المادة تعديلات ثلاثة : الأولى ذكر عبارة ، يكون العقد موقوف النفاذ ، في صدر الفقرة اخذاً بفكره العقد الموقوف . والثاني اضافة عبارة ، سواء ، اكان قولياً أم فعلياً ، بعد لفظ ، للتدليس ، محاكاة للفقهاء الاسلامي الذي يفسم التدليس الى تدليس فعلي وتدليس قولي . والثالث ابدال لفظ ، الآخر ، في نهاية الفقرة بلفظ ، الثاني ، .

والمادة المقترحة يقابلها في التفنين العراقي المادتان ١٢١ و ١٢٢ المادة ١٢١ من هذا التفنين تنص على ما يأتي :

١ - اذا عرر أحد المتعاقدين بالآخر ونحقق ان في العقد عيباً فاحشاً كان العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغيبون . فاذا مات من غرر بغيب فاحش نسلل دعوى التفريز لوارثه .

٢ - ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المراجعة والولاية والاشراك الوضيعة ، .

والمادة ١٢٢ من هذا التفنين تنص على ما يأتي :

١ - يرجع العاقد المتغريز بالتغريض اذا لم يصبه الاغس بسير أو اصابه غيب فاحش وكان التغريز لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغيب أو هلك وحدث فيه عيب أو تغير جوهرى ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الأحوال ، .

ويقابل المادة المقترحة في التفنين الاردني المواد ١٤٢ و ١٤٤ و ١٤٥ و ١٥٠

فالمادة ١٤٢ من هذا التفنين تطابق في حكمها المادة الأولى من المادة المقترحة ، حيث تنص على أن ، التفريز هو أن يحد أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها .

والمادة ١٤٤ من هذا التفنين تطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة المقترحة . حيث تنص على أن ، يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملائمة تغريراً اذا ثبت أن المتغريز ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملائمة .

والمادة ١٤٥ من هذا التفنين تنص على أنه ، اذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر ولحق أن العقد تم بغيب فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد ، .

والمادة ١٥٠ من هذا التفنين تنص على أنه ، يسقط الحق في الفسخ بالتغريز والغيب الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ وبالنسرف في العقود عليه كله أو بعضه تصرفاً يتضمن الاجازة وبهلاكه عنده واستهلاكه ونعييه وزبائنه ، .

وفد ادخل على هذه المادة تعديل لفظي في صدرها . كما استبدلت في نهايتها عبارة ، أو كان من المروض حمداً أن يبينه ، بعبارة ، أو كان من السهل عليه أن يبينه ، . اذ ليس هناك ، يبرر اختلاف هذه العبارة بين منبليها في خصوص التدليس والاكرام . ويظهر أن سبب اختلاف العبارة أن لجنة مجلس الشيوخ حينما عدلت نص التدليس والاكرام في مشروع التفنين الحالي منها عليها أن يجرى التعديل ذاته في النص الخاص بالغلط ، مع أنه لا يوجد ما يبرر التشدد في استخلاص العلم في التدليس والاكرام عنه في الغلط ، بل العكس هو الأولى .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ١١٦ من التفنين العراقي .

وتطابق في حكمها ١/١٤٧ من التفنين الكويتي .

( مادة ١٠٩ )

١ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يعارض مع ما يقضى به حسن النية .

٢ - ويبقى بالاختصاص ملزماً بالعقد الذي قصد ابرامه . اذا اظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد .

هذه المادة تطابق المادة ١٢٤ من التفنين العالي . والمادة ١٥٦ من التفنين الاردني .

وتقابل المادة ١٤٩ من التفنين الكويتي .

( مادة ١١٠ )

لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب أو الكتابة ، ولكن يجب تصحيح هذا الغلط .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٣ من التفنين الحالي التي تنص على أنه ، لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ، ولا غلطات العلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط .

وقد عدلت هذه المادة بما يفي مع فكرة العقد الموقوف . وذلك باستبدال كلمة ، نفاذ ، بعبارة ، صحة العقد ، . كما عدلت تعديلاً لفظياً باستبدال عبارة ، أو الكتابة ، بعبارة ، ولا غلطات القلم ، . كي تستوعب العبارة المقترحة كل صور الغلط المادي . واضيفت كلمة ، هذا ، قبل كلمة ، الغلط ، الواردة في نهاية النص .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١٢٠ من التفنين العراقي . والمادة ١٥٥ من التفنين الاردني . وتقابل المادة ١٥٠ من التفنين الكويتي .

( مادة ١١١ )

١ - يكون العقد موقوف النفاذ للتدليس ، سواء اكان قولياً أم فعلياً . اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسماء بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد .

٢ - ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملائمة ، اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملائمة .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٥ من التفنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

ويتناول الفقه الاسلامي ايضا التقرير الصادر من العبر ، ما دام هذا الخبر متواطئا مع العقائد التي يفيد من التدليس ، من ذلك الناجش ، وهو رجل يواطى مع صاحب سلعة يبيعها بالمراد ليغال في السلعة حتى يبلغها أكثر من قيمتها . ومن ذلك ايضا التدليس الصادر من الدلال ، وقد نصت المادة ٥٢٢ من مرشد الحيران على أنه : « لارد في غبن فاحش في البيع الا اذا غر أحد المتبايعين الآخر او غره الدلال ..... »

ويتضح من هذا ان الفقه الاسلامي في احاطته بالنواحي المختلفة التي يتربها ، وضوح التدليس قد وصل الى مدى ينادي ما وصل اليه فقه القانون الحديث ، غير ان هناك اختلافا بين الفقهين في خصوص معيار التدليس ، ففقه القانون الحديث يفرض عند معيار اوحده للتدليس ، هو المعيار الذاتي الذي مقتضاه ان يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد . بينما يقرن الفقه الاسلامي بهذا المعيار الذاتي معيارا موضوعيا ، هو ان يفترون بالتدليس غبن ، وصحيح ان الغبن قد يتحقق في تربي من - لات التدليس ، ولكن التدليس قد يوجد وحده دون غبن فيدفع الماقد الى تعاقد لا مصلحة له فيه وما كان ليبدم عليه لولا الحيلة التي استعملت معه لدفعه الى التعاقد . ولهذا يصير التدليس في حد ذاته دالا ضارا بخول الحق في المطالبة بالتعويض فضلا عن طلب ابطال العقد . ومن ثم فلا تقتصر على المعيار الذاتي في هذا الخصوص من شأنه ان يوفر حماية اكبر للمتعاقدين للتدليس عليه . ولهذا رؤى الوذوف في النصوصي المقترحة عند المعيار الذاتي وحده ، وهو ما يأخذ به التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تطابق من حكمها المواد ١٥١ و ١٥٢ و ١٥٣ / ١ من المبحث الكويتي . وذلك فبما عدا ان هذا التقنين يأخذ بفكره العقيد الدال للابطال .

#### ( مادة ١١٢ )

اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد ، ما لم يثبت المتعاقد المدلس عليه ان المتعاقد الآخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا التدليس .

هذه المادة تطابق المادة ١٢٦ من التقنين الحالي ، مع تعديل هذه الاخيرة بما يفيد توقف العقد بدلا من اعتباره قابلا للابطال ، حيث تنص على أنه : « اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه ان يطلب الابطال ، ما لم يثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم او كان

من من المفروض حتما ان يعلم بهذا التدليس . »

وتطابق في حكمها المادة ١٢٢ من التقنين العراقي التي تنص على أنه : « اذا صدر التقرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للمتعاقد المغبون ان اعاقد الآخر كان يعلم او كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التقرير وقت ابرام العقد . »

وتقابل المادة ١٤٨ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « اذا صدر التقرير من غير المتعاقدين وأثبت المفروض او المتعاقد الآخر كان يعلم بالتقرير وقت العقد جاز له فسخه . »

وتقابل المادة ٢ / ١٥٣ من التقنين الكويتي .

ويستعمل الفقه الاسلامي في هذا الصدد لفظ « التقرير » ، ويستعمل في بعض المواطن لفظ « التدليس » . ولكنه لا يعتمد بالتدليس الا اذا امتزج به غبن . وفي هذا المعنى نصت المادة ٣٥٦ من المجلة على أنه : « اذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تقرير فليس للمغبون ان يفسخ البيع » . ونصت المادة ٣٥٧ على أنه : « اذا غر أحد المتبايعين الآخر ويحق ان في البيع غبنا فاحشا فللمغبون ان يفسخ البيع حينئذ » . ونصت المادة ٣٠٠ من مرشد الحيران على أن « الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق فسخه للمغبون الا اذا كان فيه غرير ..... » ( انظر كذلك المادة ١٢١ / ١ عراقي والمادة ١٤٥ اردني السالف ذكرهما ) .

ويحيط الفقه الاسلامي احاطة شاملة بجميع النواحي التي يتربها موضوع التدليس .

وهو يتناول التقرير باستعمال طرق احتيالية ، ومن مثله ذلك تصرية الابل والبقر والغنم ليشترى صرعا فبهم المشتري انها كثره اللبن ، وحبس ماء القنصة وماء الرحي المرسل كل منهما عند البيع او الاجارة كي يوهم المشتري والمستاجر كثره ( انظر : ابن سابين ج ٤ ص ١٤٩ . نهاية المحتاج الى شرح المهناج للرملي ج ٤ ص ٧٣ و ٧٤ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ١٦١ - ١٦٦ ) .

ويساوئ التقرير عن طريق الكذب ، من ذلك يعتبر مجرد الكذب خديعة وتغريرا في عقود الأمانة التي يقال لها بياعات الأمانة . حيث يطعن المشتري الى امانه البائع فيشتري منه على أساس الحسن الذي اشتري به السلعة . فاذا بيعت السلعة على أن يزداد قدر معلوم من الربح الى الحسن الاصل سمي البيع مزابحة . واذا بيعت على ان ينقص قدر معلوم من هذا الحسن سمي البيع وضيمه . واذا بيعت بنمونها الاصل سمي البيع تولية الثمن . اذا اخذ المشتري كل السلعة . وسمى اشتراكا اذا اخذ المشتري جزءا منها . ففي هذه العقود اذا كذب البائع في بيان الثمن الاصل كان هذا الكذب خيانة وتغريرا ( م ٢ / ١٢١ عراقي . البديع ج ٥ ص ٢٢٣ . المونة ج ١٠ ص ٥٩ - ٦٢ . المهذب ج ١ ص ٢٨٨ - ٢٩٠ ) . ومن امثلة عقود الأمانة في العصر الحاضر عقود التأمين ، حيث لا يجوز للمؤمن عليه ان يكذب في بيان يعطيه للشركة او ان يكتم امرا له تأثير في التعاقد ( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ١٦٦ - ١٧٤ ) . ومن هذا القبيل ايضا في الفقه الاسلامي بيع الاسترسال والاستئمان ، حيث يبين الماقد ان لاداريه له بسم السوف فيست من المتعامل معه ويسرسل الى نصحه ويطلب اليه ان يبيع منه او يشتري بما تبين الناس او تشتري به . فاذا كذب عليه المتعامل معه فان هذا الكذب يعتبر غشا وتدليسا يوجب للمعاقد المغبون خيار الرد ( الخطاب ج ٤ ص ٤٧٠ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ١٧٥ وما بعدها ) .

كذلك يتناول الفقه الاسلامي التقرير عن طريق الكتمان . من ذلك انه في بياعات الأمانة لا يجوز للبائع مزابحة ان يقتصر على ذكر الثمن الاصل ويكتتم بيانا من شأنه ان يؤثر في قيمة المبيع ، كما لو اشتري نسبة ويبيع نقدا . حيث يعتبر هذا الكتمان خيانة وتدليسا . ومن هذا القبيل ايضا ان يعدد البائع الى اخفاء عيب في المبيع بان يكتمه عن المشتري .



وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامي كما هو واضح من البيان السالف الذكر .

### ( مادة ١١٢ )

١ - يكون العقد موقوف النكاح للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على اساس .

٢ - وتكون الرهبة قائمة على اساس اذا كانت ظروف الحال وقت التعاقد تصور للطرف الذي يهددها ان المكروه قادر على ايقاع ما يهدد به وان خطرا جسيما يهدده في النفس او الجسم او الشرف او المال .

٣ - والتهديد بايقاع ضرر بالوالدين او الاولاد او الزوج او ذي رحم محرم يعتبر اكراها .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٧ فقرة اولي وثانية من التتئين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على اساس .

٢ - وتكون الرهبة قائمة على اساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها ان خطرا جسيما محققا يهدده هو او غيره في النفس او الجسم او الشرف او المال .

وقد ادرجت على هذه المادة التعديلات الآتية :

اولا - استبدال بعبارة " يجوز ابطال العقد " في صدر الفقرة الاولى بعبارة " يكون العقد موقوف النكاح " وذلك للاخذ بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الاسلامي بدلا من فكرة العقد القابل للابطال التي يأخذ بها التتئين الحالي .

ثانيا - اضيفت في الفقرة الثانية ما يفيد تصور الطرف المكروه ان من صدر منه الاكراه قادر على تحقيق ما يهدد به .

وهذه الفكرة تعتبر شرطا مسفلا لكي يكون الاكراه معتبرا في الفقه الاسلامي . فهذا الفقه لا يقتصر على المعيار البدني او المعنوي الذي يقول به الفقه الحديث وبأخذ به التتئين الحالي ، وهو ان يبعث الاكراه رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد حيث يغلب على ظنه وقوع ما يهدد به ، بل يقرن هذا المعيار النفسي بمعيار مادي هو ان يكون من صدر منه الاكراه قادرا على ايقاع ما يهدد به . وقد نصت المادة ١٠٠٣ من المجلة على المعيار المادي فقالت : " يشترط ان يكون المجرر مقتدرا على ايقاع تهديده ، بناء عليه من لم يكن مقتدرا على ايقاع تهديده واجرائه لا يعتبر اكراهه " . ونصت المادة ١٠٠٤ من المجلة على المعيار النفسي فقالت : " يشترط خوف المكروه من وقوع المكروه به ، يعني يشترط حصول ظن غائب للمكروه باجراء المجرر المكروه به ان لم يفعل المكروه عليه " . ونصت المادة ٢٨٩ من مرشد الحيران على هذين المعيارين فقالت : " يشترط لاعتبار الاكراه المدمر للرضا ان يكون المكروه قادرا على ايقاع ما يهدد به ، وان يخاف المكروه وقوع ما يهدد به في الحال بان يغلب على ظنه وقوع المكروه به ان يفعل الامر المكروه عليه فان كان المجرر غير قادر على ايقاع ما يهدد به فلا يكون الاكراه معتبرا " .

( انظر ايضا في هذا المعنى : المبسوط ج ٢٤ ص ٢٩ ، البيان ج ٧ ص ١٧٦ ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٢١٧ - ٢١٩ ) .

وقد سار التتئين العراقي والتتئين الاردني على هذا النهج ، فنصت المادة ١١٢ من التتئين العراقي على انه " يجب لاستيثار الافراد ان يمتنعوا من الاكراه مادرا على ايقاع تهديده ، وان يخاف المكروه وقوع ما يهدد به بان يغلب على ظنه وقوع المكروه به ان لم يفعل الامر المكروه عليه " . ونصت المادة ١٤٦ من التتئين الاردني على انه " يشترط ان يكون المكروه قادرا على ايقاع ما يهدد به وان يغلب على ظن المكروه وقوع الاكراه عاجلا ان لم يفعل ما اكروه عليه " .

ولكن روى في النص المقترح ان يكون المعيار المادي مسفلا من تصور المكروه مدرة من صدر منه الاكراه على تحقيق ما يهدد به . فبعد ان يكون هذا الاخير غير قادر على تحقيق وعيده ، ومع ذلك يحقق الاكراه ما دام يتصور للمكروه هذا التصور الذي ندمه ظروف الحال .

ثالثا - اضيفت في الفقرة الثالثة ما يفيد توافر الرهبة وقت التعاقد ، مع حذف وصف الخطر الجسيم بأنه محقق .

ذلك ان الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ من التتئين الحالي السابقة ذكرها تشترط في الخطر الجسيم الذي يتصوره المكروه ان يكون محققا . وكان نص المشروع النهي للتتئين الحالي يشترط في هذا الخطر ان يكون حالا . وعبرت للمذكرة الايضاحية لذلك التتئين عن هذا الشرط بقولها ان الخطر يجب ان يكون وشيك الحلول ( مجموعه الاعمال الجمهورية ج ١ ص ١٨٠ ) .

ولكن الرأي في الفقه المعاصر ، وهو ايضا وفي الفقه الاسلامي ( انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٥٠ ، كاشف الغطاء ج ٢ ص ١٧٧ - ١٧٨ ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٢٠٧ و ٢٠٨ ، وقارن المادة ١٠٠٥ من المجلة والمادة ٢٩٠ من مرشد الحيران ) ، ان الذي يعتمد به ليس كون الخطر حالا او مستقبلا وانما تآثر الإرادة او عدم تأثرها بالتهديد الموجة الى المكروه . والخوف من الخطر هو الذي يجب ان يكون حالا ، فقد يكون الخطر مستقبلا ومع ذلك يولد رهبة في الحال تدفع الى التعاقد . حيث يتوقف الامر قبل كل شيء على حالة التعاقد النفسية . ومن ثم يكون المعول عليه هو ان تكون الرهبة حادثة في نفس المكروه وقت التعاقد ، ويستوى بعد ذلك ان يكون الخطر حالا او غير حال . وهذا هو المعنى الذي روعي في صياغة النص المقترح .

رابعا - اضيفت فقرة ثالثة تفيد توفر الاكراه عند التهديد بايقاع ضرر بالوالدين او الاولاد او الزوج او ذي رحم محرم بدلا من اطلاق لفظ الغير الذي جاء في التتئين الحالي . وذلك اخذا بما يقول به الفقه الاسلامي في تحديد اشخاص هذا الغير . حيث يعتبر اكراها كل خطر جسيم يهدد الأب أو الابن أو الزوج أو ذا الرحم المحرم ( المبسوط ج ٢٤ ص ١٤٣ - ١٤٤ م ٢٨٧ من مرشد الحيران ) .

وعلى هذا النهج سار التتئين العراقي والتتئين الاردني . فنصت المادة ١١٢ فقرة ٣ من التتئين العراقي على ان " التهديد بايقاع ضرر بالوالدين او الزوج او ذي رحم محرم والتهديد بخطر يندش الشرف يعتبر اكراها ويكون ملجئا او غير ملجئ بحسب الاحوال " . ونصت المادة ١٢٧ من التتئين الاردني على ان " التهديد بايقاع ضرر بالوالدين او الاولاد او ذي رحم محرم والتهديد بخطر يندش الشرف يعتبر اكراها ، ويكون ملجئا او غير ملجئ بحسب الاحوال " .

## ( مادة ١١٤ )

يراعى في تقدير الاكراه اختلاف الأشخاص بحسب الجنس والسن ودرجة التأثير ومستوى الثقافة والحالة الاجتماعية والصحية وغير ذلك من الظروف التي يكون من شأنها ان تؤثر في جسامه الاكراه .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٣/١٢٧ من التقنين الحالي التي تجرى على النحو التالي : « يراعى في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه ان يؤثر في جسامه الاكراه » .

وتطابق في حكمها المادة ١١٤ من التقنين العراقي ، والمادة ١٣٩ من لتقنين الأردني ، والمادة ٣/١٥٦ من التقنين الكويتي ، والمادة ٢٨٨ من مرشد الحيوا ( انظر : المبسوط ج ٢٤ ص ٦٨٥٠ و ص ١٥١ - ١٥٤ . وانظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٢٠٣ وما بعدها ) .

## ( مادة ١١٥ )

اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فلا يتوقف العقد ، مالم يثبت المتعاقد المكره ان المتعاقد الآخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الاكراه .

هذه المادة تقابل ١٢٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره ان يطلب ابطال العقد ، ما لم يثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الاكراه » .

وقد عدلت مادة التقنين الحالي بما يفيد توقف العقد بدلا من اعتباره قابلا للإبطال ، كما ادخل عليها تعديل لفظي على النحو الوارد في النص المقترح .

والفقه الاسلامي يعتد بالاكراه الواقع من غير المتعاقدين ( انظر الخاتبة ج ٣ ص ٤٨٥ و ٤٨٦ ) ، ولكن يبدو انه لا يشترط ان يكون المتعاقد المستفيد من الاكراه مواطنا مع الغير الذي وقع منه الاكراه ، او عالما بما وقع من الاكراه او مستظيما ان يعلمه ( عبيد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ٢٢١ وما بعدها ) .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ١٥٧ / ٢ من التقنين الكويتي .

وقد كانت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تنص على انه « اذا أبرم شخص مقدا للخلاص من خطر جسيم حال ، يهدده هو او احد اقاربه ، فلا يعتبر هذا العقد قابلا للإبطال بسبب الاكراه ، اذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد ان يستغل الطرف المهدد » .

وهذا النص يواجه الاكراه في حالة الضرورة . ويراد به ان ظروفها تنها مصادفة فيستغلها المتعاقد للضغط على ارادة الطرف الآخر وحمله على التعاقد . مثل ذلك ان تشرف سفينة على الفرق فتقدم اخرى لانقاذها ، وبشروط قائد هذه الاخرة قبل الانقاذ التعهد بمبلغ كبير في مقابل عملية الانقاذ . او بتقديم شخص لانقاذ آخر من غرق او حريق او قتل فيطلب منه التعهد بمبلغ باعظ مقابل ذلك . او يطلب طبيب متخصص في نوع خطير من العمليات الجراحية اجرا فاحشا من مريض يخشى على نفسه الهلاك اذا لم تجر له هذه العملية .

والرأى في الفقه المعاصر انه في التقنيات التي تحدد أشخاص الغير في هذا الصدد ، كالتقنين المرسى ( م ١١١٣ مدني ) والتقنين اللبناني ( م ١/٢١٠ موجبات وعقود ) والتقنين العراقي ( م ٣/١١٢ مدني ) والتقنين الاوطني ( م ١٣٧ مدني ) ، لا يعتبر هؤلاء الأشخاص مذكوريين على سبيل الحصر ، غاية الامر ان الخطر اذا كان يهدد واحدا من هؤلاء قامت قرينة على ان الاكراه منحقق ، واذا هدد غير هؤلاء وجب اثبات ان الخطر الذي يهدده اثر في نفس المتعاقد الى حد الاكراه .

هذا ، وفند ظفر الاكراه في الفقه الاسلامي بضحية لم يصغر بها اي عيب آخر من عيوب ارادته . حتى ان امدحيين الحقني واساسي جعلوا اجراء عيب اسد من اجزاء على عيوب الارادة الاخرى . فالعقد والتدليس بجهلان العقد غير لافح . فيكون للعقود انحاء في امضاء العقد او مسحه . اما في الاكراه فالتدليس الحقني يتردد بين مساد العقد ويوفيه ، وكلاهما اشد من عدم الالتزام . والتدليس الضامني يجعل اجزاء الاكراه البطلان . اما المذهب المالكي يجعل تصرف المحرر غير لافح .

والاكراه في الفقه الاسلامي هو حمل الغير على ما لايرصاه . ذلك ان الارادة في الفقه الاسلامي تتكون من عنصرين ، هم الاحتيال والرضا . والاكراه على نوعين : اكراه ملجئ وهو الاكراه الذي يهدد بعقوبات النفس او العضو ، واکراه غير ملجئ وهو الاكراه بما دون ذلك كالجنس او القيد او الضرب . وكل منهما يعلم الرضا . وبمقرب بينهما ان الاكراه الملجئ يفسد الاختيار . فيؤثر في التصرفات اعليه والتصرفات الفعلية ، اي في التصرفات اعماليه والسوابع اعماليه . فيفسد الاولى ويصلح عمدا يعنى من المسئولية عن الثانيه . اما الاكراه غير الملجئ فلا يفسد الاختيار ، ومن ثم يؤثر في التصرفات الفعلية دون التصرفات الفعلية . فسواء كان الاكراه ملجئا او غير ملجئ فانه يكون معتبرا في التصرفات القانونية باعتباره ميبا من ميبوب الاوادة .

وقد وردت هذه التفرقة بين نوعي الاكراه في المادة ١٠٠٧ من المجلة والمادة ٢٨٦ من مرشد الحيوان .

كما وردت هذه التفرقة في المادة ٢/١١٢ من التقنين العراقي والمادتين ١٢٦ ، ١٢٨ من التقنين الأردني .

ومع ذلك فان حكم الاكراه في التصرفات القانونية لا يختلف بحسب ما اذا كان ملجئا ام غير ملجئ . ولهذا نصت المادة ١١٥ من التقنين العراقي على ان « من اكراه اكراهه معتبرا باحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده » . ونصت المادة ١٤١ من التقنين الاوطني على انه من اكراه باحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو اجازته المكره او وزنته بعد ذوال الاكراه صراحة او دلالة بنقلب صحيحا .

لهذا روى علم هذه التفرقة بين نوعي الاكراه في النص المقترح ما دام ان حكم النوعين واحد في التصرفات القانونية .

( انظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٢ ص ١٩٨ - ٢٣٥ . وانظر المواد ٩٤٨ و ٩٤٩ و ١٠٠٣ - ١٠٠٦ من المجلة والمواد ٢٨٥ - ٢٩٩ من مرشد الحيوان ) .

والنص المقترح يقابل المادة ١١٢ من التقنين العراقي ، والمادة ١٤٠ من التقنين الاوطني . وقد تقدم ذكر هذين النصين .

وبقابل المادة ١٥٦ / ١ و ٢ من التقنين الكويتي .

١٥ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم ولو كان النصف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعا .

٢ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن .

تم عدلت هذه المسألة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ إلى ما هي عليه الآن . حيث رأت اللجنة عدم التوسع إلى الحد الذي ورد في المشروع على غرار نظيره في أكثر التفتيشات الحديثة ، ومنها التقنين الألماني والسويسري والبولوني واللبناني والمشروع الفرنسي الإبطالي ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٨٩ - ٢٠٣ ) .

والواقع أن نص التقنين الحالي منتقد من ناحيتين : الأولى أنه يقتصر على مواجهة حالات استغلال القضاء فيها أن يكفل الحماية للطرف المغبون إذا أبرم التصرف وهو مسلوب الإرادة ، دون أن يكون ذلك راجعا إلى طيش أو هوى ، وهي الحالات التي لجأ فيها القضاء إلى نظرية الاستهواء والتسلط على الإرادة . مثل ذلك أن قضى بإبطال عقد بيع لفساد رضا البائع بسبب كونه متعلما في السن ومصابا بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف إرادته فيصير سهل الانقياد خصوصا لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم ( نفس مدني في ٢ يناير ١٩٤١ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٢٢٦ رقم ١٨٩ . انظر كذلك نفس مدني في ٢٩ أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ١٥٢ رقم ٥٥ ) . كما قضى بعدم التزام ورثة المتوفى بما تعهد به في سند صدر منه وهو في حالة مرضية تهدد حياته بالخطر مما جعله يفكر في الانتحار فضلا عن كونه في حالة عقلية تجعله مسلوب الإرادة ( استئناف مصر في ٣١ مايو ١٩٢٣ ، المحاماه ١٤ - ١٦٧ - ٨٦ ) .

والناحية الثانية أنه لا يتفق مع الزعة السائدة في العصر الحاضر ، وهي تأبي استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر ، إما كان سببها . فهناك نواح عديدة للضعف يمكن أن تكون محل استغلال ، ولاوجه لأن نحرم الاستغلال في ناحية وتركه في ناحية أخرى ، فهذا مسلك لا نجده في أي من التشريعات الحديثة التي أخذت بنظرية الاستغلال ، كما أنه يضيق من نطاق الحكم إلى حد يقعد به عن أن يحقق الغاية التي ترجى منه على الوجه الأكمل .

ويلاحظ في النص المقترح ما يأتي :

أولا - أنه توسع في حالات الضعف التي يمكن أن تكون محل استغلال ، على غرار مجاء في التشريعات الأجنبية الحديثة ، حتى يحقق الغاية التي ترجى منه على الوجه الأكمل .

ثانيا - أنه ، وإن جعل العقد موقوفا ، إلا أنه أبقى على الجزاء الذي ينص عليه التقنين الحالي ، وهو إبطال العقد وانقاص التزامات المتعاقد المغبون .

ويفرق النص بين ما إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد استغلال الظروف التي تهيأت مصادفة للضغط على إرادة المتعاقد المكره ، وما إذا كان سوء النية وأراد استغلال هذه الظروف ، فلا يجوز إبطال العقد في الحالة الأولى ، ويجوز هذا الإبطال في الحالة الثانية .

وينفق الرأي في الفقه مع التفرقة التي يعمل بها النص . فهو يرى أن الإكراه يتحقق في حالة الضرورة إذا كان الطرف الآخر سوء النية واستغل الظروف التي تهيأت مصادفة للضغط على إرادة المتعاقد بقية الحصول على مقصد فاحش .

كما أن مذهب مالك في الفقه الإسلامي يعتد بالإكراه في هذه الحالة ( الخطاب ج ٤ ص ٢٤٨ - ٢٥٠ - ملوف ج ٤ ص ٢٤٩ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١٢١ ) .

ولكن مع ذلك ربي عدم إيراد مثل هذا النص لأن حالة الضرورة تدخل في نطاق الاستغلال على اعتبار أنها تنطوي على استغلال حاجة المتعاقد ، إذ أن معنى الحاجة لا يقتصر على الحاجة المادية ، بل يشمل كذلك صورها الأخرى .

#### ( مادة ١١٦ )

١ - يكون العقد موقوف النفاذ إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل ، بدرجة غير مالوفة ، مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل حاجته أو طيشه أو هواء أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف . ويجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ - ويسرى هذا الحكم إذا كان التصرف تبرعا ، وكانت التزامات الطرف المغبون لا تتناسب البتة مع مقدار ثروته أو مع ما يؤلف التبرع به في مثل ظروفه .

٣ - ويجوز في جميع الأحوال أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن .

هذه المادة تقابل المادة ١٢٩ من التقنين الحالي التي نص على ما يأتي :

١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بيئا أو هوى جامحا . جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن .

وفد كانت هذه المسألة في مشروع هذا التقنين بعد أن عدلت في لجنة المراجعة تجرى على النحو الآتي :

## ( مادة ١١٧ )

يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الاختلال بالاحكام الخاصة بالفن في بعض العقود .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٠ من التقنين الحالي .

## ( ٢ ) المحل

## ( مادة ١١٨ )

- ١ - يجب ان يكون محل العقد جائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .
- ٢ - ولا يجوز التعامل في تركة انسان على قيد الحياة ، ولو كان ذلك برضاه ، الا في الاحوال التي نص عليها القانون .

اختلف الفقهاء في تحديد ماهية المحل . فمنهم من يعتبره وكنا في الالتزام . ومنهم من يعتبره من عناصر الارادة . وهذا الرأي الأخير رغم صحته لا يفصل في الخلاف . لان المحل ايا كان وضعه بميسر من عناصر الارادة . اذ الارادة المعتبرة فانونا هي التي تتجه الى التعاقد وهي على بينة من المحل . والصحيح ما يراه فريق من ان للالتزام محلا وللعقد محل آخر . فكل من المحليين يتميز عن الآخر . ويظهر هذا التميز فيما نصت عليه المادة ١٨٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني اذ تقول : « الموضوع الحقيقي لكل عقد هو انشاء الموجبات ، على أن هذا الغرض لا ينال الا اذا كان للموجبات نفسها مواضع توافرت فيها بعض الصفات » . حيث يتضح من هذا النص ان الشارع اللبناني يعرّف بحق بين محل الالتزام بمحل العقد .

فمحل الالتزام هو الاداء الذي يجب على المدين ان يقوم به لصالح الدائن . وهو اما اعطاء شيء او عمل غير الاعطاء او امتناع عن عمل .

اما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد . واذا كان اثر العقد هو انشاء التزامات . فان هذه الالتزامات ترمى في مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام . كما يخضع كل منهما لاحكام غير التي يخضع لها الآخر .

وأية ذلك ان محل الالتزام قد يكون صحيحا في ذاته ولكن العقد يقع باطلا . لان العملية القانونية المقصودة منه يحرمها القانون كما في تحريم التعامل في تركة مستقبلة لشخص على قيد الحياة وكما في تحريم التعامل في الحق المتنازع فيه بالنسبة الى القضاء واعضاء النيابة اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون اعمالهم في تأثرتها .

ولا يتطلب القانون في محل العقد الا شرطا واحدا . هو ان يكون مشروعاً اي لا يخالف النظام العام والآداب .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة نص مستحدث .

اما الفقرة الثانية فتطابق المادة ٢/١٣١ من التقنين الحالي والمادة ٢/١٢٩ من التقنين العراقي والمادة ٢/١٦٠ من التقنين الأردني والمادة ١٦٩ من التقنين الكويتي .

وسند حكمها في الفقه الاسلامي ان النهي عن بيع المذموم في هذا الفقه انما هو للفرز لا للعدم . ومن ثم يكون التعامل في التركة المستقبلية باطلا لما يقع فيه من الغبن والضرر ( انظر ابن القيم في اعلام الموقعين ج اول ص ٣٥٧ - ٣٦١ . عبد الرازق السنهوري .

ثالثا .. انه افترق فقرة للتبرعات . واقتضى هذا ان يتحدد المعايير التي يهتدى به القاضي في تقدير مدى الغبن . ذلك انه في المعاولات يتعدى انتمتع المدي في الاستغلال في اختلال التعادل بين الاداءات المتعاقبة . اما في التبرعات فلا محل للنقل ان هناك اختلالا في التعادل اذ لا تعادل اصلا ، فهو معدوم لان المعاهد لا يأخذ مقابل لما يعطي . ولأنك فان تقدير العنصر المادي فيها ينظر فيه الى مقدار التبرع بالنسبة الى ثروة المتصرف وكذلك بالنسبة الى ما يؤلف التبرع به في مثل الظروف التي وجد فيها المتصرف .

رابعا - انه عمم الحكم في حالة ما اذا اراد الطرف الآخر ان يتوقى الابطال فيعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن . فلم يجعله قاصرا على عقود المعاوضة كما هو الحكم في نص التقنين الحالي . بل جعله عاملا ايضا للتبرعات .

خامسا - انه قد اغفلت فيه الفقرة الثانية من النص الحالي التي توجب ان ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد . اذ لا وجه للتفرقة فيما يتعلق بحكم تقادم الدعوى بين الاستغلال وغيره من عيوب الارادة .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ١٢٥ من التقنين العراقي التي نص على ما يأتي : « اذا كان احد المتعاقدين قد استغل حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش ، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول فاذا كان المتصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة ان ينقذه » .

وتقابلها المواد ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦١ من التقنين الكويتي .

ويلاحظ ان الفقه الاسلامي لا يعتمد بالغبن الفاحش يدون تحرير الا في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة ( م ٣٥١ من المجلة و م ٣٠٠ مرشد الحيران و م ٢/١٢٤ مدني عراقي و م ١٢٩ مدني اردني ) . وفي غير هذه الحالات لا يعتمد هذا الفقه بالغبن الفاحش الا اذا اقترن به تقرير ( م ٢٥٧ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران و م ١/١٠١ مدني عراقي و م ١٤٥ مدني اردني ) . والتقرير ، اي التذليل ، يدنو في جوهره من الاستغلال . حيث يلجأ المدلس الى حيلة تعمى المتعاقد على الحقيقة فيفضل ويتعاقد على غير هدى . لما لطيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه . اذ ان عيوب الارادة تجمع بينها فكرة مشتركة بحيث يصعب فصل واحد منها عن غيره من العيوب فصلا تاما . فما تنأثر به الارادة في الاستغلال في يختلف في جوهره عما تنأثر به في العيوب الاخرى .

بل انه يمكن القول ان الغلط في القيمة على النحو الذي يعرّفه الفقه الاسلامي انما ينطوي على استغلال المعاهد المغبون من حكم خبرته . ففي المذهب الحنفي يقول الحموي في غمز عيون البصائر ( ج ٢ ص ١٩٥ ) : « خيار الغبن ينبت في صورة الوكيل والوصي . وفي صورة تقرير البائع المشتري . بان كان المشتري غيبا لا يعرف . فقال البائع اشتر بهذا الثمن فانه يساويه فاشتره مفترا بقوله فانه خيار الغبن » .

وفي المذهب الحنفي ايضا قد يستغل المعاهد المغبون في حاجته المألحة اذا كان مضطرا الى التعاقد . وهذا هو بيع المضطر وشراؤه ( ابن عابد ج ٤ ص ١٤٦ ) : « بيع المضطر وشراؤه فاسد وهو ان يضطر للرجل الى طعام او شراب او لباس او غيرها ، ولا يبيعهم البائع الا باكثر من ثمنها بكثير . . . » .

( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج ٢ ص ١٥٩ و ١٥٢ ) .

## ( مادة ١١٩ )

١ - يجب ان يكون محل الالتزام الذي ينشأ من العقد ممكناً ، ومعينا تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة او قابلاً لهذا التعيين ، وجائزاً شرعاً ، والا كان العقد باطلاً .

٢ - ويجوز ان يكون العقود عليه شيئاً مستقبلاً اذا عين تعييناً نافياً للجهالة والغرر :

يتقابل هذا النص في فقرته الأولى المادة ١٨١ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى التى تقول : « يجب ان يكون محل الالتزام الذى ينشأ عن العقد امراً ممكناً ، ومعيناً او قابلاً للتعيين ، وجائزاً شرعاً والا كان العقد باطلاً . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمواد التالية ( مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠٧ ق الهامش ) .

وقد أدخل على هذه المادة تعديل يتفق مع ما يتطلبه الفقه الإسلامى من وجوب أن يكون المحل معيناً معيناً واضحاً لا يتطرق اليه أى شك ، وذلك خوفاً على الصفة من الغرر . فهو يتسلسل فى التطبيق فيطلب قدراً من التعيين أكبر مما يتطلبه التقنين الحالى . حيث يجب أن يكون محل الالتزام معيناً معيناً نافياً للجهالة الفاحشة ، أو يكون قابلاً للتعيين على هذا النحو ( انظر الخطاب ج ٤ ص ٢٨٥ و ٢٨٦ و ٢٨٩ - البدائع ج ٥ ص ١٥٦ - ١٦١ - الزيلعى ج ٤ ص ٥ و ٦ - المهذب ج ١ ص ٩٦٦ - عبد الرزاق السنهورى مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٣ ص ٦٩ - ٨٢ - م ١٩٧ - ٢٠٤ ، من المجلة وم ٣٠٢ و ٣٠٣ من مرشد الحيران ) .

والفقرة الأولى من النص المقترح تطابقها فى الحكم المادة ١٢٨ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى :

١ - يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً معيناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه أو الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنفى به الجهالة الفاحشة . ولا يكتفى بذكر الجنس من القدر والوصف .

٢ - على انه يكفى ان يكون المحل معلوماً عند التعاقد ولا حاجة لوصفه وتعيينه بوجه آخر .

٣ - فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل ، وتطابقها فى الحكم المادة ١٦١ من التقنين الأردنى ، وهى تطابق المادة ١٢٨ من التقنين العراقى .

وتطابقها فى الحكم المواد ١٦٧ و ١٧١ / ١ و ١٧٢ من التقنين الكويتى .

والفقرة الثانية من النص المقترح روعى فى حكمها ما يخشاه الفقه الإسلامى من غرر فى الصفقة . فالنهي عن بيع المعلوم فى هذا الفقه انما هو للغرر لا لعدم كما سبق القول . فاذا كان التعامل فى الشيء المستقبل احتمالاً جزافاً ، فانه يكون باطلاً لما فيه من الغبن والغرر . اما اذا كان التعامل غير جزاف ، بحيث لا يدلع المشتري من الثمن الا بمقدار ما يأخذ من المبيع يكون هناك غبن ولا غرر ، ومن ثم يصح التعامل ويتحقق ذلك اذا عين الشيء تعييناً نافياً للجهالة

والغرر . وقد نصت المادة ١/١٢٩ من التقنين العراقى فى هذا المعنى على انه « يجوز ان يكون محل الالتزام معلوماً وقت التصاقه اذا كان ممكن الحصول فى المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر . » كما نصت المادة ١/١٦٠ من التقنين الأردنى على انه « يجوز ان يكون محلاً للمعارضات المالية النشئة المستقبل اذا انتفى الغرر ، وجاءت الفقرة الثانية من النص المقترح مطابقة لهذين النصين ( انظر عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٣ ص ٥٧ و ٥٨ ) .

وهذه الفقرة تقابلها المادة ١٦٨ من التقنين الكويتى .

## ( مادة ١٢٠ )

اذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلاً .

هذه المادة تطابق المادة ١٢٢ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ١٢٧ من التقنين العراقى ، والمادة ١٥٩ من التقنين الأردنى ، والمادة ١٦٧ من التقنين الكويتى .

( انظر البدائع ج ٥ ص ١٤٧ و ١٤٨ و ١٦٨ - الميسوط ج ١٢ ص ١٩٤ - م ١٩٨ من المجلة وم ٣٦٧ من مرشد الحيران ) .

## ( مادة ١٢١ )

١ - اذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب ان يكون معيناً بنوعه ومقداره ، والا كان العقد باطلاً .

٢ - ويكفى ان يكون المحل معيناً بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف او من أى طرف آخر ، التزم المدين بان يسلم شيئاً من صنف متوسط .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٣ من التقنين الحالى .

وتطابق فى حكمها المادة ٢/١٧١ من التقنين الكويتى .

## ( مادة ١٢٢ )

اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى اثر .

هذه المادة تطابق المادة ١٣٤ من التقنين الحالى مع استبدال عبارة « دفع مبلغ من النقود ، بكلمة « نقودا » ، لأن محل الالتزام عمل ، وهو دفع مبلغ من النقود ، وليس النقود فى ذاتها .

وتطابق فى حكمها المادة ١٦٢ من التقنين الأردنى ، والمادة ١٧٣ من التقنين الكويتى .

## ( مادة ١٢٣ )

يجوز ان يقترن العقد بشرط اذا كان هذا الشرط لا يخالف النظام العام والآداب . والا لى الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد .

ويظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادة ١٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني اذ تقول : « يميز بين سبب الموجب وسبب العقد » . كما نصت المادة ٢٠٠ من هذا التقنين على « أن سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل الفريق العاقد على انشاء العقد وهو لا يعد جزءا غير منفصل في العقد بل يختلف في كل نوع من العقود وان تكن من فئة واحدة » . ونصت المادة ٢٠١ من هذا التقنين على انه « اذا كان سبب العقد غير مباح كان العقد باطلا أصلا » .

كما يظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادتان ١٦٥ و ١٦٦ من التقنين الأردني : فالمادة ١٦٥ من هذا التقنين تتحدث عن سبب الالتزام فتقول : « ١ - لسبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد » .

٢ - ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب » . والمادة ١٦٦ من هذا التقنين تتحدث عن سبب العقد فتقول :

« ١ - لا يصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقدية » .

٢ - ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك » . ( م ٣٠٥ من مرشد الحبران ) .

فسبب الالتزام هو الغرض المباشر المجرد الذي يقصد المتلزم الوصول اليه من وراء التزامه . فهو عنصر موضوعي ، وداخل في العقد ، ولا يتغير في النوع الواحد من العقود . وهذا هو المعنى المقصود من اعتباره الغرض المجرد للمتلتزم . فمثلا في عقود البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو دائما وغيبته في الحصول على الثمن ، ويكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو دائما وغيبته في الحصول على البيع .

اما سبب العقد فهو الباعث الدافع الى التعاقد ، أي الباعث الرئيسي الذي جعل المتعاقد يقدم على ابرام التصرف . وهذا الباعث يختلف بطبيعة الحال من شخص الى آخر فيتغير في النوع الواحد من العقود . فهنا يبيع لانه في حاجة الى مال ينفقه في اغراض معيشته ، وذلك يبيع لانه يريد ان يشتري بالثمن شيئا آخر . وفي هذا يختلف سبب العقد عن سبب الالتزام .

ولا يتطلب القانون في سبب العقد فيما يتعلق بذاتيته سوى لمرط المشروعية ، أي عدم مخالفته للنظام العام والآداب ، اذ لا بد لكل ارادة من باعث يحركها والا كانت ارادة غير واعية تصدر من شخص عديم التمييز .

على انه اذا كان التعاقد الذي يتمسك ببطلان العقد هو الطرف الذي قام لديه الباعث غير المشروع ، وجب أن يتوافر شرط آخر لامكان بطلان التصرف وهو لا يتعلق بذاتية السبب ، وانما يتعلق باستقرار التعامل ، حيث يجب أن يكون التعاقد الآخر على علم بهذا الباعث غير المشروع . اذ لا يكون من العدل أن يفاجأ الطرف حسن النية ببطلان التصرف في حين أنه لا يعلم عن ذلك الباعث شيئا . وهذا يتفق مع ما يستلزمه القانون في الغلط لإبطال العقد من أن انظر الطرف الذي لم يقع في الغلط يجب أن يكون على علم به أو أن يكون من المفروض حتما أن يعلم به . كما انه الحل الذي يأخذ به القضاء .

هذا النص مستحدث ، وهو يطابق في حكمه المادة ١٢١ من التقنين العراقي التي تقول :

« ١ - يجوز ان يقترب العقد بشرط يؤكد مقتضاه او بلائمة او يكون جاريا به العرف والعادة » .

٢ - كما يجوز ان يقترب بشرط فيه نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا او مخالفا للنظام العام او للآداب والا لفسا اشترط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا » .

ويطابق في حكمه ايضا المادة ١٦٤ من التقنين الأردني ، وهي تطابق المادة ١٢١ من التقنين العراقي .

ويطابق في حكمه المادة ١٧٥ من التقنين الكويتي .

والفقه الاسلامي زاخر بالبحث في مدى صحة الشروط التي تقترب بالعقد . فهناك الشرط الذي يقتضيه العقد ، والشرط الذي يلائم العقد ، والشرط الذي يجري به العرف والمادة . وهناك الشرط الذي فيه نفع لاحد العاقدين او للغير . والمذاهب الاسلامية تختلف فيما بينها في مدى صحة هذه الشروط . ويرجع هذا الاهتمام الى الحرص على مبدأ وحدة الصفقة من ناحية ، وإلى الخشية من شبهة الربا من ناحية اخرى اذا كان الشرط ينطوي على منفعة لا يقابلها عوض . ومع ذلك فقد تطور الفقه الاسلامي في هذا الخصوص في مذاهبه المختلفة ولا سيما في المذهب المالكي والحنبلي . حتى كاد المذهب الحنبلي يبيح الشروط المقترحة بالعقد بصورة عامة ، ما لم تكن مخالفة للنظام العام أو الآداب . وقد ظهر ذلك فيما نصت عليه المادة ١٢١ من التقنين العراقي والمادة ١٦٤ من التقنين الأردني السالفتي الذكر .

( انظر في المذهب الحنفي البدائع ج ٥ ص ١٦٩ - ١٧٣ . وفي المذهب الشافعي المهذب ج ١ ص ٢٦٨ . وفي المذهب المالكي الخطاب ج ٤ ص ٢٧٣ - ٢٧٥ . وفي المذهب الحنبلي المغني ج ٤ ص ٢٨٥ - ٢٨٦ . وانظر عرضا وافيا لكل هذه المذاهب في : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٣ ص ١١٢ - ١٩٥ ) .

### ٣ - السبب

( مادة ١٣٤ )

١ - يجب ان يكون الباعث الدافع الى التعاقد جائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .

٢ - على انه لا يجوز للمتعاقد الذي قام لديه الباعث غير المشروع ان يتمسك ببطلان العقد ، الا اذا كان التعاقد الآخر على علم بهذا الباعث .

اختلف الفقهاء في تحديد ماهية السبب . فمنهم من يعتبره ركنا في الالتزام ، ومنهم من يعتبره ركنا في العقد ، ومنهم من يعتبره من عناصر الارادة . وهذا الرأي الأخير رغم صحته لا يفصل في الخلاف . لأن السبب إما كان وضعه يعتبر من عناصر الارادة ، اذ الارادة المعتبرة قانونا تنجبه الى التعاقد بحدوثها غرض تهدف اليه أو باعث تتحرك بدافع منه . والصحيح ما يراه فريق من أن للالتزام سببا وللعقد سبب آخر ، فكل من السببين يتميز عن الآخر .

وتطابق في حكمها المادة ١/١٣٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « يكون العقد باطلا اذا ائتمر المتعاقدون سبب ، او لسبب ممنوع قانونا او مخالفا للنظام العام او الآداب » .

وتطابق في حكمها المادة ١٦٥ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

- ١ - السبب هو الغرض المباشر المتصور من العقد .
- ٢ . ويجب ان يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام او الآداب » .

وبلاحظ هنا انه طبقا لنص التقنين الحالي، ونص التقنين العراقي وكذلك النص المقترح ، فانه يشترط في سبب الالتزام شرطان هما : الوجود والشروع . وبينما يزيد التقنين الاردني على هذين الشرطين شرطا ثالثا ، هو ان يكون السبب صحيحا ، والحقيقة ان هذا الشرط الثالث يندرج تحت الشرطين الآخرين . فالسبب يكون غير صحيح في حالتين : الاولى هي حالة الغلط في السبب ، وفيها يتوهم التعاقد سببا لا وجود له ، وبذلك تدخل هذه الحالة تحت شرط الوجود . والثانية هي حالة السبب المصورى . فاذا كانت الصورة مطلقة كان السبب غير موجود . وبذلك تدخل هذه الحالة ايضا تحت شرط الوجود . واذا كانت الصورة نسبية بطل الالتزام اذا كان السبب المستتر غير مشروع . وصح الالتزام اذا كان هذا السبب مشروعا . ومن ثم تدخل هذه الحالة تحت شرط المشروعية .

ومن هنا يتضح ان عدم صحة السبب يرجع اما الى عدم وجوده ، او الى عدم مشروعيته . فيكون شرطا الوجود والمشروعية هما في الحقيقة الشرطان الوحيدان المطلوبان في سبب الالتزام . ولهذا اغفل التقنين الحالي والتقنين العراقي وكذلك النص المقترح شرط الصحة في السبب .

والفقه الاسلامي ، الى جانب اهتمامه الكبير بالبائع والدافع الى التعاقد كما رأينا ، فانه يعنى بسبب الالتزام ، من ذلك ما جاء في البدائع ( جزء ٥ ص ٢٨٥ ) : « كل المبيع يعتبر مقابلا بكل الثمن ، وكل الثمن مقابل بكل المبيع » . فالزيادة لو صحت مبيعا وثمنا لخلت عينا بفائله ، فكانت فضل مال خال عن العوض في عقد المعاوضة ، وهذا تفسير الربا . وكذلك يبطل العقد اذا كان هناك غلط في السبب ( صبحي محمضاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ص ٩٨ و ٩٩ ) . ومن ذلك ايضا ما جاء في الفروق ( ج ٣ ص ٢٢٨ ) : والمقصود من البيع ونحوه انما هو انتفاع كل واحد من المتعاضدين بما يصير اليه ، فاذا كان عديم المنفعة او محرما لم يحصل مقصوده فيبطل عقد المعاوضة عليه ( صبحي محمضاني ) ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ص ٩٢ ) ( انظر في هذا : عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٥٣ - ٨٦ ) .

#### ( مادة ١٢٦ )

يكون العقد صحيحا اذا توافرت اركانه اصلا ووصفا ، وهي الرضا ، ممن هو اهل له والمحل والسبب بشروطهما الجومرية والشكلية حين يفرضها القانون للانفاذ .

هذه المادة مستحدثة

اما اذا كان الطرف الذي يتمسك بالبطلان حسن النية وقت قيام العقد ، ولكنه علم بعد ذلك بالبائع غير المشروع ، فانه بحسب الى طلب البطلان ، اذ ان هذا لا يمس استقرار التعامل . كما انه ليس من المقبول ان يكافأ الطرف الاثم على تجاحه في اخفاء البائع غير المشروع .

ويلاحظ ان التقنين اللبناني والتقنين الاردني يميزان في نصوصهما بين سبب الالتزام وسبب العقد على النحو الذي تقدم ذكره . كما ان فريفا من الفقه المصري والفقه الفرنسي يقول بهذا التمييز ، وهو واضح كذلك في احكام الفضا ، حيث جاءت اغلب التطبيقات القضائية في خصوص البائع غير المشروع .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ١١٦ من التقنين الاردني التي تقول :

- ١ - لا يصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .
- ٢ - ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من التقنين الكويتي التي تقول : « ويعتد في السبب بالبائع المستحث الذي يدفع المتعاقد الى التعاقد اذا كان المتعاقد الآخر يعلمه ، او كان ينبغي عليه ان يعلمه » .

والبائع الدافع الى التعاقد له مكان ملحوظ في الفقه الاسلامي ، فهو الذي تقاس به النوايا على اساس من الاعتبارات الادبية والحلقية والدينية ، ولذلك فان المذهبين الحنبلي والمالكي يعددان به سواء ذكر في العقد او لم يذكر ، مادام يكون معلوما من الطرف الآخر . فاذا كان البائع مشروعا فالعقد صحيح ، واذا كان غير مشروع فالعقد باطل ( اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٩٦ - ٩٨ ، المغنى ج ٤ ص ٢٨٣ - ٢٨٥ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٦٧ ) . بل انه يعتد بالبائع ولو لم يعلم به الطرف الآخر اذا كانت الظروف بحيث ينبغي ان يعلم به ( القواعد لابن رجب ص ٣٢١ و ٣٢٢ ) .

( انظر في هذا : عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٥٣ - ٨٦ ) .

كذلك يعتد الفقه الاسلامي الى جانب البائع الدافع الى التعاقد باعتباره سببا للعقد ، بسبب الالتزام ( البدائع جزء ٥ ص ٢٨٥ ) . وسنعود الى هذه النقطة عند الكلام في المادة التالية .

#### ( مادة ١٢٥ )

يجب ان يكون سبب الالتزام موجودا ، وجائزا شرعا ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٢٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اذا لم يكن للالتزام سبب ، او كان سببه مخالفا للنظام العام او الآداب ، كان العقد باطلا » .



أولاً - أنه اعتمد فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الاسلامي بدلا من فكرة العقد المقابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد المقابل للإبطال في أن هذا الأخير ينشأ صحيحا منتجا لأنارة ، إلى أن يطلب إبطاله فيبطل أو تلحقه الإجازة فيبطل صحيحا بصوة نهائية . بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحا ولكنه لا ينتج أنارته فتظل هذه الأنار موقوفة إلى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فينفذ .

ومن ثم فإن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد المقابل للإبطال في أو العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية على المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الإجازة ، فهذا أولى من أن ينفذ حتى يطلب إبطاله ، وذلك لملافاة التعقيدات التي تنشأ عند إبطال العقد بعد نفاذه .

ثانياً - أنه وحد الحكم في الحالات التي يشوب العقد فيها نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة ، أو انعدام الولاية على محل أي التصرف في ملك الغير بدون إذنه .

ويلاحظ أنه في الفقه الاسلامي يكون العقد موقوف النفاذ إذا كان هناك نقص في الأهلية ، أو كان هناك إكراه ، أو إذا تعلق حق الغير بالمحل . وهذا السبب الأخير يندرج تحته حالات أهمها تصرف الفضولي ، وهو من يتصرف في ملك غيره بدون إذنه ، وتصرف مالك العين المرحوم أو المؤجرة ، والبيع الصادر من المريض في مرض الموت لوازمه ( انظر في هذا الخصوص : عمدة الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ١٩٣ وما بعدها ) .

ولكن حكم النص المقترح يجعل هذا السبب الأخير قاصرا على التصرف في ملك الغير بدون إذنه . غير أنه من ناحية أخرى يتوسع في نطاق العقد الموقوف فيجعله شاملا لميوب الإرادة جميعها . وبذلك أصبحت الأسباب التي تجعل العقد موقوف النفاذ في النص المقترح هي نقص الأهلية وعيوب الإرادة والتصرف في ملك الغير بدون إذنه . وهذا هو النهج الذي سار عليه التقنين المدني العراقي في المادتين ١٣٤ و ١٣٥ المنسار إليهما . أما التقنين المدني الأردني فقد أخذ في المادة ١٧١ التي تقدم ذكرها بما قرره الفقه الاسلامي .

ومعروف أن الفقه الاسلامي يجعل العقد موقوفا في حالة الإكراه ( م ١٠٠٦ من المجلة و م ٢٩٧ من مرشد الحيران ) ، بينما يعطى العاقبة خيار الفسخ في حالتي الغلط ( م ٣١٠ ، ٣١١ من المجلة و م ٣٠١ من مرشد الحيران ) والتلليس ( م ٣٥٧ من المجلة و م ٥٣٢ من مرشد الحيران ) . وهذا ما أخذ به التقنين الأردني . ولكن روي أن من الأفضل توحيد الحكم بالنسبة إلى عيوب الإرادة جميعها على غرار ما فعل التقنين العراقي .

وهي تطابق في حكمها المادة ١٣٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - العقد الصحيح هو العقد المنشوع ذاتا ووصفا بأن يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سائلة من الخل .

٢ - وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا افاد الحكم في الحال .  
وتطابق في حكمها المادة ١٦٧ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « العقد الصحيح هو العقد المنشوع بأصله ووصفه بأن يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترب به شرط مفسد له » .

وقد نصت المادة ١٠٨ من لائحة على أن « البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المنشوع ذاتا ووصفا » .

ونصت المادة ٣١١ من مرشد الحيران على أن « العقد الصحيح الذي يظهر أنه بالاعتقاد هو العقد المنشوع ذاتا ووصفا » .

والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سائلة من الخل والا يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد .

#### ( مادة ١٢٧ )

يكون العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر ، أو إذا شاب الإجازة فيه غلط أو تدليس أو إكراه أو استقلال ، أو إذا كان تصرفا في ملك الغير بدون إذنه ، أو إذا ورد في القانون نص خاص على ذلك .

يقابل هذا النص ما جاء في صدر الفقرة الأولى من المادة ١٣٤ من التقنين العراقي التي تقول : « إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه ، أو غلط أو تدليس أو إكراه أو استقلال ، أو إذا كان له أن يجيزه » .

وما جاء في الفقرة الأولى من المادة ١٣٥ من هذا التقنين التي تقول : « من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك » .

وتقابل المادة ١٧١ من التقنين الكويتي التي تقول : « العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك » .

وتقابل المادة ١٧٩ من التقنين الكويتي التي تقول : « العقد المقابل للإبطال ينتج أنارته ، ما لم يقض بإبطاله ، وإذا قضى بإبطاله اعتبر كأن لم يكن » .

وقد أخذ في النص المقترح بالأحكام الآتية :



١ - إذا انعقد الموقوفون لحجر أو اكراه أو غلط أو تقرير جاز للماعد أن ينقض المبدأ بعد زوال الحجر أو ارتفاع الكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التقرير كما أن له أن يجيزه . فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه حين وأن يسندوها حيث وجدها وأن تداولتها الأيدي . فان حلتك العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها .

٢ - وللماعد المكره أو المفرور الخيار أن شاء ضمن الماعد الآخر . وأن شاء ضمن المجرر والقار . فان ضمن المجرر أو القار فلهم الرجوع بما ضمناء على الماعد الآخر . ولا ضمان على الماعد للمكره أو المفرور أن قبض البديل مكرها أو مفرورا وهلك في يده بلاقته منه .

والمادة ١٢٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك .

٢ - فإذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا وبطال المفعول بالبديل ان كان قد قبضه من الماعد الآخر .

٣ - وإذا لم يجز المالك تصرف المفعول بطل التصرف . وإذا كان الماعد الآخر قد أدى للمفعول البديل فله الرجوع عليه به . فان هلك البديل في يد المفعول بدون تعد منه وكان الماعد الآخر قد أدام علمه أنه مفعول فلا رجوع له عليه بشيء منه .

٤ - وإذا سلم المفعول العين المقنود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها ايها شاء . فإذا اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الآخر .

وتقابلها المادة ١٧٢ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

وتكون اجازة المبدأ للمالك أو لمن تعلق له حق في المقنود عليه أو للولي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته أو للمكره بعد زوال الكراه أو لمن يخوله القانون ذلك .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تكملة طبيعية للحكم الوارد في المادة السابقة . وفي المادة السابقة نص على الحالات التي يكون المبدأ فيها موقوفا . وفي المادة المقترحة بيان لمن لهم الحق في اجازة المبدأ في هذه الحالات فهؤلاء هم الذين شرع توقف المبدأ لمصلحتهم ، فهم الذين يملكون اجازته أو ابطاله .

#### ( مادة ١٢٩ )

١ - يزول الحق في ابطال المبدأ الموقوف بالاجازة الصريحة أو الضمنية .

٢ - وتستند الاجازة الى الوقت الذي تم فيه العقد ، دون اخلال بحقوق الغير .

٣ - وإذا سكنت من شرع توقف العقد لمصلحته عن اعلان موقفه خلال مهلة اعطيت له من الطرف الآخر لا تقل عن ثلاثة اشهر ، اعتبر سكوته اجازة .

ويختلف العقد الموقوف عن المبدأ الذي يثبت فيه خيار الفسخ . فالمبدأ الموقوف ينشأ صحيحا ، ولكنه يكون غير نافذ . أما المبدأ الذي يثبت فيه للماعد خيار الفسخ فينشأ صحيحا نافذا . ولكنه يكون غير لازم ، فيكون للماعد الخيار بين امضاء العقد وفسخه .

كذلك رؤى عدم جعل تصرف المالك في العين المرهونة أو المزجزة موقوفا على اجازة الدائن المرتهن أو المستأجر . حيث انه من القواعد المستقرة الآن والتي تقتضيها المصلحة في التعامل ان الرهن أو الايجار لا يقيد حق المالك في التصرف في ملكه . ولهذا رؤى من الأفضل الأخذ بالحل الذي اعتمدته . التقنين العراقي . اذ أنه يستجيب لحاجة التعامل ، على خلاف ما اخذ به التقنين الاردني .

أما التصرف الصادر من المريض في مرض الموت فتحكه في مكان آخر .

ثالثا - انه جعل التصرف في ملك الغير بدون إذنه موقوفا على الاجازة وهذا الحكم يفضل الى حد كبير حكم بيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الاردني . فبيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات التي اخلت بالتصوير اللاتيني حكمه مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة . فهو نافذ في حق البائع ، وقابل للإبطال بالنسبة الى المشتري بمقتضى نص خاص ، وغير نافذ في حق المالك ، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الاقرار نافذا في حقه وصحيحا في حق المشتري .

بينما في ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم هذا البيع واحدا بالنسبة الى كل من البائع والمشتري والمالك ، فهو موقوف في حقهم جميعا . ولاتأثر اجازته الا من جانب المالك ، فإذا صدرت هذه الاجازة أصبح المبدأ نافذا في حق الجميع ( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٣٠٥ - ٣٠٧ ) .

#### ( مادة ١٢٨ )

١ - إذا كان العقد موقوفا لنقص في الأهلية ، كانت اجازته للقاصر بعد بلوغه الرشد أو لوليّه أو للمحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون .

٢ - وإذا كان موقوفا لقلع أو تلبس أو اكراه أو استغلال ، كانت اجازته للمعاقد الذي شاب ارادته احد هذه العيوب بعد انكشاف العيب أو زواله .

٣ - وإذا كان موقوفا لكونه تصرفا في ملك الغير بدون إذنه ، كانت اجازته للمالك . فإذا اجازة المالك اعتبرت الاجازة توكيلا .

٤ - ومن شرع توقف العقد لمصلحته هو الذي يثبت له الحق في اجازته أو ابطاله .

هذه المادة تقابلها المادتان ١٢٤ و ١٣٥ من التقنين العراقي . والمادة ١٣٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

ويشترط الفقه الاسلامي لصحة الاجازة قيام كل عناصر التصرف ، وهي العاقدان والمحل والمجيز . وقت صدور التصرف ووقت صدور الاجازة . ذلك ان الاجازة في الفقه لها حكم الاستناد والانشاء ، ومن ثم يجب توافر الشرط وقت صدور التصرف لانه الوقت الذي تستند اليه الاجازة ، كما يجب توافره وقت صدور الاجازة لانه الوقت الذي وجدت فيه .

ولكن الشارع العراقي قدر ان يجعل للاجازة حكم الاستناد دون حكم الانشاء ، فقد تدعو الحاجة الى اجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة او بعد هلاك المحل .

ولهذا اكتفى باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الاجازة . حيث اشترط لصحة الاجازة وجود من يملكها وقت صدور العقد الموقوف . فقد نصت المادة ١٣٦/١ من التقنين العراقي على ان ، اجازة العقد الموقوف تكون صريحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين او المالك الأصلي أو الموقوف عليه وقت الاجازة .

وقد اراد الشارع العراقي بهذا ان يتجاوز الحدود التي وقف عليها الفقه الاسلامي فيما يتعلق بشروط الاجازة دون مبرر .

( انظر في هذه المسألة : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ١٩٨ و ٢٠٩ و ٢٢٠ و ٣٠٨ و ٣١٦ ) .

اما الشارع الأردني فيجعل للاجازة حكم الاستناد والانشاء على غرار الفقه الاسلامي فنصت المادة ١٧٤ من التقنين الأردني على انه يشترط لصحة الاجازة قبول التصرف للاجازة وقت صدوره ووقت الاجازة ووجود من له الاجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبذلك ان كان عينا وقت الاجازة .

وقد روى ترك الامر فيما يتعلق بشروط الاجازة للقواعد العامة .

وفي الفقرة الأولى من المادة المقترحة نص على زوال الحق في ابطال العقد الموقوف بالاجازة ، سواء كانت صريحة او ضمنية ، حيث تعتبر الاجازة نزولا عن هذا الحق .

وفي الفقرة الثانية نص على ما للاجازة من حكم الاستناد ، مع تقبيد ذلك بعدم الاخلاخل بحقوق الغير .

وفي الفقرة الثالثة اعطيت الفرصه للعاقد الذي يضره توقف العقد لحسم الموقف دون ابطال . حيث يستطيع ان يحدد لمن شرع التوقف لمصلحته مدة معقولة لا تقل عن ثلاثة اشهر يعلن فيها عن ولجته في الاجازة او الرفض ، فان سككت عن الرد طوال هذه المدة اعتبر سكوتة اجازة للعقد .

وفي مذهب الامام مالك انه اذا حصل التصرف في ملك الغير بدون اذنه ، وسكت المالك عاما من وقت علمه بالتصرف ، اعتبر سكوتة اجازة . ( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٣٠٧ ) .

هذه المادة تقابلها المادة ١٣٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

- ١ - يزول حتى ابطال العقد بالاجازة الصريحة او الضمنية .
- ٢ - تستند الاجازة الى الترخيص الذي تم فيه العقد ، دون اخلاخل بحقوق الغير .

ولقد كانت العبارة الأخيرة في الفقرة الثانية من هذه المادة في التقنين الحالي ، وهي التي تقول « دون اخلاخل بحقوق الغير » محل نقد ، لان الفرض المتصور في النص ان الاثر الرجعي للاجازة لا يسري الا بين المتعاقدين ، فلا يؤخذ به بالنسبة الى الغير الذي كسب حقا عينيا على الشيء الذي ورد عليه العقد . والمثل الذي ذكر في هذا الخصوص هو انه لو باع القاصر العين وبعد بلوغه من الرشد باعها مرة ثانية او رهنها لآخر لم اجاز العقد الأول ، فان الاجازة لا تؤثر على حق المشتري الثاني او الدائن المرتب اذ تخلص العين لهذا المشتري او تلقى مثقلة بحق الرهن رغم الاجازة . وهذا القول غير صحيح في ظل فكرة العقد القابل للابطال التي يأخذ بها التقنين الحالي . ذلك ان العقد القابل للابطال يكون قبل الاجازة منتجا لكل آثاره ، فاذا صدرت الاجازة كان كل ما ترتب عليها هو ان يزول قابلية العقد للابطال . فالاجازة لا تجعل العقد ينتج اثرا لم يكن ينتجه من قبل ، ولهذا يتصور ان يكون لها اثر وحي بضر بحقوق الغير . فالمشتري من قاصر مبرز يصبح مالكا للعين المبيعة الى ان يطلب ابطال العقد ، فاذا باع القاصر العين بعد بلوغ الرشد او رهنها كان تصرفه في شيء لا يملكه ، فاذا اجاز بعد ذلك البيع الذي ابرمه وهو قاصر فان الملكية تستقر للمشتري الأول خالصة من الرهن . ولا يصح ان يعترض بان التصرف الثاني يعتبر نزولا عن الحق في اجازة التصرف الأول ، لان الابطال لا يقرر الا بالاتفاق مع الطرف الآخر في العقد القابل للابطال او بحكم القاضي ، اما قبل ذلك فان العقد بظل منتجا لكل آثاره .

اما في ظل فكرة العقد الموقوف التي يؤخذ بها في النصوص المقترحة ، فان الوضع يختلف . فقد رأينا ان العقد الموقوف ، على خلاف العقد القابل للابطال ، نشأ صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة الى ان ينقضي العقد فيسفل او تلحقه الاجازة فينفل . ومن ثم يكون هناك محل المقول او استناد الاجازة الى الوقت الذي تم فيه العقد انما يكون دون اخلاخل بحقوق الغير . فالمشتري من قاصر مبرز يكون عقده موقوفا ، فلا يصبح مالكا للعين التي اشتراها مادام ان العقد لم تلحقه الاجازة ، فاذا باع القاصر العين بعد بلوغه الرشد او رهنها كان تصرفه في شيء يملكه ، فاذا اجاز بعد ذلك البيع الذي ابرمه وهو قاصر ، فان الاثر الرجعي للاجازة يضر بحق المشتري الثاني او الدائن المرتب لانه يؤدي الى زوال هذا الحق . وللافاة هذا الاضرار بحق الغير ، وجب النص على ان الاثر الرجعي للاجازة لا يصبح ان يخل بحقوق الغير . فهذا الاثر الرجعي للاجازة انما يكون فيما بين المتعاقدين ، وليس بالنسبة الى الغير .

والاجازة هي النزول عن الحق في ابطال العقد الموقوف . فهي تصرف قانوني من جانب واحد . ومن ثم يصح ان تكون صريحة او ضمنية . ويجب ان تتوفر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني .

وتقابلها المادة ١٣٦ فقرة ثانية وثالثة من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

٢ - ويجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقص خلال ثلاثة اشهر .  
فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا .

٣ - ويبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الاهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب او من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصور العقد . واذا كان سبب التوقف الاكراه او الغلط او التزوير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الاكراه او يتبين فيه الغلط او ينكشف فيه التزوير . واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على العقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه بمالك بصور العقد .

وتقابلها المادة ١٨٣ من التقنين الكويتي ، وهي تأخذ بمدة التقادم المنصوص عليها في التقنين الحالي .

ولم يحدد الفقه الاسلامي مدة معينة لاجازة العقد او نقضه . ولذلك جاء التقنين الاردني خلوا من مدة للتقادم في هذا الخصوص .

#### ( المادة ١٣١ )

يكون العقد باطلا اذا اختل فيه وكن باصله او بوصفه ، وذلك اذا صدر من شخص فاقد الاهلية ، او اذا انعدم فيه الرضاء او المحل او السبب ، او اذا لم تتوافر في المحل او في السبب شروطه الجوهرية ، او اذا لم يتوافر فيه شكل يفرضه القانون لانقضاده ، او اذا ورد في القانون نص خاص على ذلك .

#### هذه المادة مستحدثة

وهي تقابل المادة ١٩٣ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« يكون العقد باطلا في الحالات الآتية :

( أ ) اذا ابرمه شخص لا اهلية له اطلاقا .

( ب ) اذا انعدم فيه الرضاء او المحل او السبب ، واذا لم تتوافر في المحل او في السبب شروطه الجوهرية .

( ج ) اذا اشترط القانون في العقد شكلا يكون باطلا بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل ، او اذا أغفل المتعاقدان اجراء شكليا يعتبره القانون ركنا في تكوين العقد .

( د ) اذا ورد في القانون نص خاص على البطلان .

وتقابلها المادة ١٣٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - العقد الباطل هو ما لا يصح اصلا باعتباره ذاته او وصفا باعتباره بعض او صافه الخارجة .

٢ - فيكون العقد باطلا اذا كان في ركته خلل كان يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلا للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع .

وتقابل المادة المقترحة الفقرة الاولى من المادة ١٣٦ من التقنين العراقي التي تقدم ذكرها .

ويقابلها في التقنين الاردني المواد ١٧٣ و ١٧٤ و ١٧٥ .

فالمادة ١٧٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - تكون الاجازة بالفعل او بالقول او بأي لفظ يدل عليها صراحة او دلالة .

٢ - ويعتبر السكوت اجازة ان دل على الرضاء عرفا .

والمادة ١٧٤ من هذا التقنين تقدم ذكرها .

والمادة ١٧٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - اذا أجاز التصرف الموقوف نعتا مستندا الى وقت صدوره واعتبرت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

٢ - واذا رفضت الاجازة بطل التصرف .

ويقابلها في التقنين الكويتي المواد من ١٧٩ الى ١٨٣ .

وهي تأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال .

#### ( مادة ١٣٠ )

١ - يسقط الحق في ابطال العقد الموقوف اذا لم يتمسك به من شرع التوقف لمصلحته خلال ثلاث سنوات .

٢ - ويبدأ سريان هذه المدة اذا كان سبب التوقف نقص الاهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب . واذا كان سبب التوقف الغلط او التدليس او الاكراه او الاستغلال ، فمن اليوم الذي ينكشف فيه العيب او يزول . واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على العقود عليه ، فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصور العقد . واذا كان التوقف لسبب آخر ينص عليه القانون ، فمن اليوم الذي يعلم فيه من شرع التوقف لمصلحته بصور العقد .

٣ - وفي كل حال لا يجوز التمسك بالحق في الابطال لغلط او تدليس او اكراه او استغلال اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٠ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

٢ - ويبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقص الاهلية ، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط او التدليس ، من اليوم الذي ينكشف فيه ، وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه . وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط او تدليس او اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد .

وتبقى المادة المقترحة على مدة التقادم المنصوص عليها في التقنين الحالي مع تعميم الحكم على جميع الحالات التي يتوقف فيها العقد .

والمادة ١٨٥ من هذا التقنين تنص على أن « العقد الباطل لا يصحح بالإجازة » .

والمادة ١٨٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١ - العقد الباطل لا يصحح بمرور الزمان .

٢ - إلا أن دعوى البطلان تسقط بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد » .

وتطابق الفقونين الأول والثانية منها في الحكم المسادة ١٤١ من لتقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان » . وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولا يزول البطلان بالإجازة » .

( انظر المادة ٢١٢ من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها ) .

( مادة ١٣٣ )

١ - إذا كان العقد باطلاً ، أو كان موقوفاً وبطل ، بعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا كان هذا مستحيلاً حكم القاضي بتعويض معادل .

٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا بطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - في حالي ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل .

٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا بطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .

وتقابل المادة ١٣٨ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً .

٢ - فإذا بطل العقد بعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل .

٣ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .

وتقابلها المادتان ١٨٧ و ١٨٨ من التقنين الكويتي .

٣ - ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلفت بعض أوصافه كان يكون المقود عليه مجبواً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مسنوف للشكل الذي فرضه القانون » .

وتقابلها المادة ١/١٦٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختلف ركنه أو محله أو الفرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة » .

والعقد الباطل في الفقه الإسلامي هو العقد الباطل في القانون الوضعي . وقد نصت المادة ٢١٢ من مرشد الحيران على ما يأتي : « العقد الباطل هو ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً ، أي ما كان في ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد » .

ومر لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض .

( مادة ١٣٢ )

١ - العقد الباطل لا ينعقد ، فلا يترتب عليه أي أثر ، ولا ترد عليه الإجازة .

٢ - ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٣ - ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة .

٢ - وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد .

وتطابقها في الحكم المادة ١٦٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختلف ركنه أو محله أو الفرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة .

٢ - ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٣ - ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد .

( انظر المادة ٢١٢ من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها ) .

وتقابل المواد من ١٨٤ إلى ١٨٦ من التقنين الكويتي فالمادة ١٨٤ من هذا التقنين تنص على أن : « العقد الباطل لا ينتج أي أثر ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها » .

## ( المادة ١٣٤ )

إذا كان العقد في شق منه باطلا أو موقوفا ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل أو يقف ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو موقوفا فيبطل العقد كله .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٣ من التقنين الحالي التي تنص على أنه إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال العقد كله .

وتقابلها المادة ١٣٩ من التقنين العراقي التي تنص على أنه «إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . أما الباقي من العقد فيبطل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا » .

وتقابل المادة ١٩٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا لحق البطلان أو الإبطال شقا من العقد ، اقتصر عليه وحده دون باقي العقد .

٢ - على أنه إذا ثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان سريما العقد بغير الشق الباطل أو المبطل ، يبطل العقد كله .

وتقابل المادة ١٩٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان العقد في شق منه باطلا يبطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحا في الباقي .

٢ - وإذا كان العقد في شق منه موقوفا ، توقفت في الموقوف على الإجازة .

فإن أجزأ نقلا العقد كله ، وإن لم يحز بطلان في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته .

والمادة المقترحة تتناول نظرية انتقاص العقد . وهي نظرية يعرفها الفقه الإسلامي ( انظر القوانين الفقهية ص ٢٦٠ - الزيلعي ج ٤ ص ٦٠ ، ٦١ - المبسوط ج ١٣ ص ٣ - ٥ - عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ص ١٥١ - ١٥٧ ) .

## ( المادة ١٣٥ )

إذا كان العقد باطلا أو موقوفا وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٤ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

وتقابلها المادة ١٤٠ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

وتقابلها المادة ١٩١ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا بطل العقد أو أبطل ، وامكن أن تستخلص منه الأركان اللازمة لعقد آخر غيره . نام هذا العقد الآخر .

٢ - وباعتبار الرضاء بالعقد الذي يصير التحول إليه متوافرا إذا تبين أن المتعاقدين كانا يريدانه لو علما ببطلان العقد الذي لصدا في الأصل إبرامه »

والمادة المقترحة تتناول نظرية تحول العقد ، وقد ورد في الفقه الإسلامي بعض تطبيقات لهذه النظرية ( انظر الأشباه والنظائر للسبكي ص ١١١ - ١١٣ ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ص ٢٩٦ - ٢٩٨ ) .

## الفرع الثاني

## آثار العقد

## ( ١ ) تفسير العقد :

## ( المادة ١٣٦ )

١ - العبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

٢ - والأصل في الكلام الحقيقة . فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعلو حمله على معناه الحقيقي .

هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق المادة ٢١٤ من التقنين الأردني . وتطابق في حكمها المادة ١٥٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - العبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

٢ - على أن الأصل في الكلام الحقيقة . أما إذا تعلو حمله على معناه الحقيقي فيفسر إلى المجاز .

وتطابق في فقرتها الأولى العبارة الأولى من المادة ٣ من المجلة والمادة ٣١٤ من مرشد البحرين .

وتطابق في الحكم في فقرتها الثانية المادة ١٢ من المجلة والعبارة الأولى من المادة ٩١ من المجلة .

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي ( انظر الاشياء والنظائر لابن نجيم ، ص ٦٨ و ٦٩ و ٧٦ و ٧٧ • عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٧ ) •

#### ( المادة ١٣٩ )

ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله •

• هذه المادة مستحدثة •

• وهي تطابق المادة ١٥٩ من التقنين العراقي •

• وتطابق المادة ٢١٧ من التقنين الأردني •

• وتطابق المادة ٦٣ من المجلة •

ومثالها أن الشفيع لو ترك شفعته بنصف المشفوع فيه وطلب النصف الآخر ، سقط حقه في الشفعة ، لأن حق الشفعة لا يتجزأ ( م ١٠٤١ من المجلة ) • أما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله ، فلو أبرأ دائن مدينه من نصف الدين برى من هذا النصف فقط •

( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٨ ) •

• وهي مستمدة من الفقه الاسلامي •

#### ( المادة ١٤٠ )

المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يتم دليل التقييد نصا او دلالة •

• هذه المادة مستحدثة •

• وتطابق المادة ١٦٠ من التقنين العراقي •

• وتطابق المادة ٢١٨ من التقنين الأردني •

• وتطابق المادة ٦٤ من المجلة •

• وهي مستمدة من الفقه الاسلامي •

#### ( المادة ١٤١ )

الوصف في الحاضر لثبوته ، وفي الغائب معتبر •

• هذه المادة مستحدثة •

• وهي تطابق المادة ١٦١ من التقنين العراقي •

• وتطابق المادة ٢١٩ من التقنين الأردني •

وهذه المادة مستمدة من الفقه الاسلامي • واذا كانت الفقرة الأولى منها تقضي بأن يعتد في التفسير بالمقاصد والمعاني ، فإن هذا لا يعني أن الفقه الاسلامي يعتد بالارادة الباطنة في هذا الخصوص ، إذ أن المقاصد والمعاني التي تراعى هي تلك التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة ، ولهذا نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أن الأصل في الكلام الحقيقة • كما سيأتي في المادة التالية أنه لا عبء بالدلالة في مقابلة التصريح • هذا الى ما تنص عليه المادة ٦٨ من المجلة من أن دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه • يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعدى الاطلاع عليه •

( انظر الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ٢٦ ) •

فالعبء في الفقه الاسلامي في خصوص التفسير بالارادة الظاهرة كما تستخلص من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان ( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٨ وما بعدها ) •

#### ( المادة ١٣٧ )

لا عبء بالدلالة في مقابلة التصريح •

• هذه المادة مستحدثة • وهي تطابق المادة ١٥٧ من التقنين العراقي •

• وتطابق المادة ٢١٥ من التقنين الأردني •

• وتطابق المادة ١٣ من المجلة •

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي • وتزيد ما ذكر فيما تقدم من أن المقاصد والمعاني التي تراعى في التفسير هي تلك التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة في العقد •

#### ( المادة ١٣٨ )

اعمال الكلام اولى من اعماله ، لكن اذا تعلل اعمال الكلام بهمل •

• هذه المادة مستحدثة •

• وهي تطابق المادة ١٥٨ من التقنين العراقي •

• وتطابق المادة ٢١٦ من التقنين الأردني •

وتطابق في حكمها المادة ٦٠ من المجلة التي تقول : « أعمال الكلام اولى من اعماله » ، يعني لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى • مثاله لو وقف على أولاده وليس له إلا أولاد أولاده حمل عليهم صوتا للفظ • وكذلك المادة ٦٢ من المجلة التي تقول : « اذا تعلل أعمال الكلام بهمل » ، يعني أنه اذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أصح • ومثاله لو أقر لزوجه التي هي من نسب آخر معروف وأكبر منه سنا بأنها ابنته فلا يمكن حمل كلامه هذا على معنى حقيقي لأنها أكبر منه سنا ومن نسب معروف ولا على معنى مجازي أي معنى الوصية لكونها وارثه له ولا وصيه لوارث فيهم كلامه •

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة بما يفيد أن الشك يفسر في مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط انشكوك في معناه .

نقد يكون هذا الطرف مدينا في التزام يفرضه الشرط ، فيفسر الشك في مصلحة من ذلك أن يتفق على شرط جزائي في العقد ، ويقوم شك في معرفة ما إذا كان هذا الشرط يستحق في حالة التأخر في التنفيذ أم أنه لا يستحق إلا في حالة علم التنفيذ ، ففي هذه الحالة يجب أن يفسر الشرط على أنه لا يستحق إلا عند عدم التنفيذ . ومثل ذلك أيضا أن تشترط عمولة عند تمام كل صفقة دون أن يذكر وقت الدفع ، فيفسر هذا على أن يكون الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها .

وقد يكون هذا الطرف دائنا في التزام يعدل فيه الشرط على نحو يضر به ، فيفسر الشك في مصلحة من ذلك أن يتفق على عدم التزام البائع بتسليم المبيع كله فو العقد ، ويقوم شك في معرفة ما إذا كان التسليم موزجا أم مقسما ، ففي هذه الحالة يجب أن يفسر الشرط على أن يكون التسليم مقسما . ففي هذا التفسير روعيت مصلحة المشتري ، مع أنه الدائن في الالتزام بالتسليم ، لأنه هو الذي يضار من الشرط .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ١٩٤ من التقنين الكويتي .  
وتقابل المادة ٢٤٠ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ١٥١ من التقنين المصري الحالي .

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ١٦٦ من التقنين العراقي التي تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من التقنين المصري الحالي .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تتفق مع قواعد تفسير العقد في الفقه الاسلامي . فثمة قواعد ثلاثة في هذا الفقه تنهض بالمبدأ الوارد في هذه الفقرة :

الأولى : أن اليقين لا يزول بالشك . فإذا كان هناك شك في مديونية المدين ، فاليقين أنه بريء الذمة . ولا يزال هذا اليقين بالشك .

والثانية : أن الأصل بقاء ما كان على ما كان . وبرائة الذمة تسبق المديونية ، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت ، ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين .

والثالثة : أن الأصل براءة الذمة . فيفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه بريء الذمة . فإذا كان هناك شك في مديونية فسر في مصلحة من ذلك . وقد أورد ابن نجيم هذه القواعد الثلاثة في الأنشاه والظائر ، ص ٢٨ و ٢٩ ( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٤١ و ٤٢ ) .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتتقضى بأن يكون تفسير الشك في عقد الاذعان في مصلحة الطرف المدعى في جميع الأحوال . أي سواء كان دائنا في الالتزام الذي سيتناوله شرط العقد أو مدينا فيه ، لأنه في الحالين يكون مدينا في الشرط الذي يجري تفسيره ، بمعنى أنه يضار من هذا الشرط . حيث أن الطرف الآخر في هذا العقد ، وهو محتكر قانوني أو فعلي للسلسلة أو المرفق الذي يبرم العقد في شأنه ،

وتتطابق المادة ٦٥ من المجلة التي تقول : « الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر » مثلا لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس وقال في إيجابه بعت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل البائع صبح البيع ولغا وصف الأدهم ، وأما لو باع فرسا غائبا وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع .

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي .

( مادة ١٤٢ )

١ - إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين .

٢ - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستدلال في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى في المعاملات .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ١٩٢ من التقنين الكويتي .

وينتفق حكمها مع القواعد الأساسية في تفسير العقد في الفقه الاسلامي . فالفقرة الأولى منها ليست إلا اعمالا للقواعد التي تقدم ذكرها والتي تقتضى بأن الأصل في الكلام الحقيقية ، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي وبأنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة النصريح ، وبأن دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه حيث يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه ( م ١٢ و ١٣ و ٦١ و ٦٨ من المجلة ) .

والفقرة الثانية منها ليست إلا تفصيلا للقاعدة التي تقدم ذكرها والتي تقتضى بأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ( م ٣ من المجلة وم ٣١٤ من مرشد المحررين ) مع بيان العوامل التي يستطيع الناس أن يفسر على مذهبها م ٣٦ - ٣٨ و ٤٠ - ٤٨ من المجلة ) .

( مادة ١٤٣ )

١ - يفسر الشك في مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط .

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى .

هذه المادة تقابل المادة ١٥١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يفسر الشك في مصلحة المدين .

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المدين .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من النقتين الحالي .  
وتطابق في حكمها المادة ١٦٦ من النقتين الكويتي التي  
تنص على أن « العقد شريعة المتعاقدين » ، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل  
بنقله أو تعديل أحكامه ، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي  
به القانون .

وتتفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ١٤٦ من النقتين  
العراقي التي تنص على أنه « إذا نفذ العقد كان لازماً . ولا يجوز  
لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو  
بالتراضي » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٤١ من النقتين الأردني التي تنص على  
أنه « إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه  
ولا تعديله ولا فسخه . إلا بالتراضي أو التفاضي أو بمقتضى نص في  
القانون » .

وحكمها مبدأ أساسي في الشريعة الإسلامية . فيقول سبحانه وتعالى :  
« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . ويقول صلى الله عليه وسلم :  
« المسلمون عند شروطهم » .

وقد نصت المادة ٣٠٦ من مرشد الحيران على ما يأتي :

« إنما تجرى أحكام العقود في حق المتعاقدين ولا يلتزم بها غيرهما .  
ولا يجوز فسخ العقود اللازمة إلا بتراضيها في الأحوال التي يجوز  
فيها فسخها » .

#### ( مادة ١٤٧ )

١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع  
ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما وود فيه ، ولكن يتناول  
أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً لما تقتضيه طبيعة الالتزام وما  
يقرره القانون والعرف .

هذه المادة تقابل المادة ١٤٨ من النقتين الحالي التي تنص على  
ما يأتي :

١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع  
ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول  
أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والمداولة بحسب  
طبيعة الالتزام .

وقد عدلت الفقرة الثانية من المادة الواردة في النقتين الحالي ،  
فاستبدلت بعبارة « وفقاً للقانون والعرف والمداولة بحسب طبيعة  
الالتزام » عبارة « وفقاً لما تقتضيه طبيعة الالتزام وما يقرره القانون  
والعرف » . وذلك لأن طبيعة الالتزام هي أول ما يسترشد به القاضي  
لاكمال نطاق العقد ، ولأن المداولة يشملها حكم الفقرة الأولى التي تقضي  
بأن يكون تنفيذ العقد متفقاً مع ما يوجبه حسن النية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٥٠ من النقتين العراقي التي تطابق  
المادة ١٤٨ من النقتين الحالي .

يتوفر له من اسباب القوة ما يجعله يفرض شروط العقد ، فهو صانع  
هذه الشروط ، وعليه يقع وزر ما فيها من غموض كان في وسعه أن  
يتحاشاه . وبذلك يتفق حكم هذه الفقرة مع القواعد الشرعية .

#### ( ٢ ) اثر العقد بين المتعاقدين .

##### ( مادة ١٤٤ )

ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام ، دون اخلال  
بالتقواعد المتعلقة بالميراث . ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو  
أن نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٥ من النقتين الحالي .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من النقتين العراقي .

وتطابق المادة ٢٠٦ من النقتين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٠١ من النقتين الكويتي .

وأحكامها هي الأحكام ذاتها المقررة في الشريعة الإسلامية . وقد ائند  
التسارع هذا المعنى في النقتين الحالي فيما يتعلق بانتقال أموال التركة  
الى الخلف العام الذي يشمل إرث الوصي له حصّة في التركة ،  
وذلك في المادة ٨٧٥ التي تنص على أن : « ١ - تعيين الورثة  
وبحسب أصنافهم في الإرث وانتقال أموال التركة اليهم تسري في  
شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها .  
٢ - وتنتج في تصفية التركة الأحكام الآتية » .

وبد نصت المادة ١/٢٠٦ من مرشد الحيران على أنه « إنما تجرى  
أحكام العقود في حق المتعاقدين ولا يلتزم بها غيرهما » ( انظر البدائع  
ج ٥ ص ٢٥٨ ) . ( انظر في هذا عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق  
في الفقه الإسلامي ج ٥ ص ٦٦ وما بعدها ) .

##### ( مادة ١٤٥ )

إذا انشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد  
ذلك الى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا  
الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته وكان  
الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٦ من النقتين الحالي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من النقتين العراقي .

وتطابق المادة ٢٠٧ من النقتين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٠٢ من النقتين الكويتي .

وأحكامها تتفق مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي فيما يتعلق  
بإنصراف اثر العقد الى الخلف الخاص ( عبد الرزاق السنهوري ،  
مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٥ ص ١٢٠ - ١٢٣ ) .

##### ( مادة ١٤٦ )

العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقله ولا تعديله إلا باتفاق  
الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون .



وقد حمل الفقه الاسلامي على الاحتكار وتناوله في الصور التي كانت مألوفة في عهده . انظر تفصيلا لذلك فيما تقدم تحت المادة ٨٤ من المشروع .

ويتضح من هذا ان الشريعة الاسلامية تؤيد حماية الطرف المنع في عقد الادمان . وبذلك يتفق حكم النص المقترح مع المبادئ المتكررة في الشريعة .

#### ( مادة ١٥٢ )

تسري شروط العقد العامة التي يضمنها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر اذا كان على علم بها وقت إبرام العقد او كان من المفروض ان يعلمها حتما لو اعارها انتباه الشخص العادي .

وعلى كل حال لا اثر لشروط تعدد من المسؤولية او تحلل من العقد او تقف تنفيذه اذا كانت لصالح من وضعها ، ولا اثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفع او فيود تمس حرية المتعاقد في العلاقات مع الغير وتمديد العقد او تجديده . ولا اثر كذلك لشروط التملك او الحد من صلاحية القضاء ، اذا لم يتم الاتفاق على تعديدها خطيا .

هذه المادة مستحددة .

وهي تطابق المادة ١٥٠ من التقنين الليبي .

وتقابل المادة ٥١ من مشروع التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا اتفق المتعاقدان على ان تسري في شئونهما احكام عقد نموذج او لائحة نموذجية سرت هذه الاحكام ، مالم يثبت اي منهما انه عند حصول الاتفاق بينهما لم يكن يعلم بهذه الاحكام ولم تنح له الفرصة في ان يعلم بها .

(٢) واذا كانت احكام العقد النموذج او اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها أساسية بطل العقد ، فان كانت ثانوية تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة .

والمادة المقترحة تتناول العقد الذي يمدد أحد المتعاقدين مقصدا ، فيدون فيه من الشروط ما يكون في صالحه وضارا بمصلحة الطرف الآخر . وهي ظاهرة منتشرة الآن ، ولا سيما في عقود الادمان . والهدف من حكم هذه المادة هو حماية هذا الطرف الآخر من ناحيتين : الأولى : انه يجب ان يعلم بشروط العقد العامة ، او يكون في مقدوره ان يعلم بهذه الشروط لئلا اعارها انتباه الشخص العادي .

(١)

#### ( مادة ١٥٠ )

اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة . جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين الحالي وتطابق المادة ٢٠٥ من التقنين الأردني ، فيما عدا ان هذه المادة الأخيرة تضيف عبارة ( ان اقتضت العدالة ذلك ) بعد لفظة ( المعقول ) . وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من التقنين العراقي التي تقول : « على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

وتتفق في حكمها مع المادة ١٩٨ من التقنين الكويتي .

واذا كان الفقه الاسلامي لم ترد فيه نظرية عامة للحوادث الطارئة على نحو ما جاء في النص المقترح ، الا انه عرف تطبيقات مختلفة لهذه النظرية اصحاب الاعذار في عقد الايجار حيث يفسخ الايجار للمعذر ، والجوائح في بيع النماز حيث ينقص الثمن بقدر معين (انظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٩٧ وما بعدها) .

#### ( مادة ١٥١ )

اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او ان يعلل الطرف المنع منها ، وذلك وفقا لما تقتضيه العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٤٩ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ١٦٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢٠٤ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٨١ من التقنين الكويتي .

وقد رأينا فيما تقدم ان الفقه الاسلامي لا ينحصر عن عقد الاذعان ، وانما يتناول الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها هذا العقد ، وهي ألا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيزيد من سعرها ويبيعه للناس بحسب هواه فيرضخ الناس للسعر الذي يفرضه نظرا الى حاجتهم الشديدة لهذه السلعة .

وقد نصت المادة ١/٣٠٦ من مرشد الحبران على أنه : «أما تجرى أحكام العقود في حق المعاقدين ولا يلتزم بها غيرهما» . ولكن في ضوء تطور ظروف المجتمع وما تقتضيه المصالح المشروعة في التعامل ، أصبح من الجائز أن يرتب العقد خفا لصالح الغير ، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك وما دام الغير يقبل ذلك .

#### ( مادة ١٥٥ )

١ - إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ، فلا يلزم الغير بتمهده . فإذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقده معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به .

٢ - أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثرا لامن وقت صدوره . ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٠٩ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ١٥٩ من التقنين العراقي التي تسمى على ما يأتي :

١ - إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه . ويجب عليه أن يعرض من تعاقده معه إذا رفض الغير أن يلتزم ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به إذا كان ذلك في استطاعته من غير أن يضر بالذات .

٢ - أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو دلالة أن يستند الإقرار إلى اليوم الذي صدر فيه الوعد .

وتتفق في حكمها مع المادة ٣٠٤ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع ما يقرره الفقه الإسلامي من أن العقد لا يرتب التزاما في ذمة الغير ( م ١/٣٠٦ من مرشد الحبران ) . إذ أن من يتعهد بأن يجعل الغير على قبول الالتزام بأمر معين إنما يلتزم نفسه ولا يلتزم الغير بتمهده . ويكون للغير أن يقبل الالتزام أو يرفضه .

#### ( مادة ١٥٦ )

١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية .

٢ - ويرتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتلق على

والثانية : أنه لا يلتزم بشروط العقد الخاصة التي تضره إلا إذا تم الاتفاق عليها خطيا . فكثيرا ما يفاجأ المتعاقد عند حصول النزاع بشروط لم يكن يتصور وجودها في العقد عند توقيعها عليه . ولا سبيل إلى ملافة ذلك إلا باشتراط العلم أو إمكان العلم بالشروط العامة ، والاتفاق خطيا على الشروط الخاصة .

ومن ثم يتفق حكم هذه المادة مع المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية التي لا تعند إلا بما اتفق عليه حقيقة بين المتعاقدين ، وهو ما يقتضي أن يكون المتعاقد على بينة تامة من شروط العقد الذي يلتزم به .

#### ( مادة ١٥٣ )

في العقود المبرومة بالوفيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية ، فإن الشروط المضافة إلى تلك النماذج تغلب على الشروط الأصلية إذا تناقضت معها حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية .

هذه المادة مستحدثة

وهي تطابق المادة ١٥١ من التقنين الليبي .

وهي تناول العقد الذي تعد شروطه مدمما كنموذج يحتذى عند التعاقد في شأن نوع معين من العلاقات التعاقدية . كما هو الشأن في عقود الإذعان . فإذا أضيفت شروط إلى هذا النموذج تنافي الشروط الأصلية كان معنى ذلك أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى الشروط المضافة وأعرضت عن الشروط الأصلية حتى ولو لم تشطب هذه الأخيرة . ولذلك جرى القضاء في عقود التأمين على أن تغلب الشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة ، وبذلك أغنى الطرف المؤمن من الشرط الذي يتنافى مع آخر يكون أكثر انطباقا على نية المتعاقدين .

وبذلك يتفق حكم هذه المادة من المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية التي لا تعند إلا بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين عند التعاقد .

#### ( ٣ ) أثر العقد بالنسبة إلى الغير .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٢ من التقنين الحالي .

#### ( مادة ١٥٤ )

لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا .

وتطابق المادة ٢٠٨ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٢٠٣ من التقنين الكويتي التي تنص على أن : «العقد لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما» ، وإن كانت تؤثر في الضمان العام المقرر لدائتيهما ، وذلك كله ما لم يقض القانون بغيره .

والفقه الإسلامي لا يجيز انصراف أثر العقد إلى الغير ، سواء كان هذا الأثر حقا أو التزاما ( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٥ ص ١٩٢ و ١٩٣ ) .

## ( مادة ١٥٨ )

يجوز في الاسترط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يمتد وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت إبرام العقد أثره طبقا للمشاركة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٦ من التقنين الحالي

وتطابق المادة ١٥٤ من التقنين العراقي

وتطابق المادة ٢١٢ من التقنين الأردني

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٠٥ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين السابقتين

وانظر البدائع ج ٥ ص ١٧٢ فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع

الفسانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٧ .

## الفرع الثالث

## اتحلال العقد

## ( مادة ١٥٩ )

١ - في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه . جاز للمتعاقد الآخر بعد إعلانه المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه . مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتضى .

٢ - ويجوز للفاقر أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٧ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ١٧٧/١ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٤٦ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد إعلانه المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه .

٢ - ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ في الحال أو تنظره إلى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ والتعويض في كل حال أن كان له مقتضى .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٠٩ من التقنين الكويتي .

خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

٣ - ويجوز كذلك للمتضرر أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ١٥٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢١٠ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٢٠٥ والمادة ٢٠٦ والمادة ٢٠٧ من التقنين الكويتي .

والعلمه الاسلامي لا يجيز انصراف أثر العقد إلى الغير . سواء كان هذا الأثر حقا أو التزاما ( عيب الرزاق السهروري . مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٥ ص ١٩٢ ، ١٩٣ ) .

وقد نصت المادة ١/٣٠٦ من مرشد الحبران على أنه « إنما تجرى أحكام العقد في حق المتعاقدين ولا يلتزم بها غيرها » ( انظر البدائع ج ٥ ص ١٧٢ . فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ . مجمع الفسانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٢ ) . ولكن في ضوء تطور ظروف المجتمع ، وما تقتضيه المصالح المشروعة في التعامل أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقا لصالح الغير ، مادام المتعاقدان يريدان ذلك ومادام الغير يقبل ذلك .

## ( مادة ١٥٧ )

١ - يجوز للمتضرر دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المسترط ورغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .

٢ - ولا يترتب على نقض المشاركة تبرأ ذمة المتعهد قبل المسترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك . وللمسترط حلل منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ١٥٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢١١ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢٠٨ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة

وانظر البدائع ج ٥ ص ١٧٢ . فتح القدير ص ١٢٧ و ١٧٦ .

مجمع الفسانات ص ٨١ . ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٧ .

وتقابل المادة ٢٤٧ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه » فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ، ومنه الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة ، وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين » .

وتقابل المادة ١٧٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا هلك الموقوف عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه - انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة وجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه .

٢ - فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري . .

ويعبر الفقه الاسلامي بين فسخ العقد وانفساخه : فينفسخ العقد من تلقاء نفسه إذا هلك الموقوف عليه هلاكا كلياً . وفي غير حالة الهلاك الكلي يكون العقد في حاجة الى الفسخ (انظر م ٦٢٩ من مرشد الحيران ) (عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٥٠) .

#### ( مادة ١٦٢ )

إذا فسخ العقد أو انفسخ ، أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض .

هذه المادة تقابل المادة ١٦٠ من التقنين الحالي التي تنص على أنه : « إذا نسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » . وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

أولاً : أضيفت عبارة « أو انفسخ » بعد عبارة « إذا نسخ العقد » لأن الأثر الذي يترتب على انفساخ العقد من تلقاء نفسه هو الأثر ذاته الذي يترتب على الفسخ ، إذ في كلا الحالتين يعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد .

ثانياً - استبدلت بعبارة « جاز الحكم بالتعويض » في نهاية النص عبارة « يحكم بالتعويض » توحياً للدقة في بيان الحكم .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢٤٨ من التقنين الأردني -

وتقابل المادتين ٢١١ و ٢١٦ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ١٨٠ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا نسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه ، فلا يلزم تسليم البديل الذي وجب بالعقد ، وإن كان قد سلم يسترد » فإذا استحال رده يحكم بالضمان » .

ولم ترد في الفقه الاسلامي نظرية عامة للفسخ على غرار ما جاء في النص المقترح والنصوص المقابلة له في التقنينات العربية الأخرى . بل ان الأصل فيه ان الدائن لا يطالب بفسخ العقد اذا أحل المدين بالتزامه ، بل يطالب بتنفيذ العقد ، وذلك في العقود الملزمة للجانبين اللازمة بطبيعتها والخالية من الخيارات . ومع ذلك فقد أجاز فسخ العقد في بعض الحالات ، ولا سيما في عقدي البيع ( م ٤٤٨ - ٤٥٠ و ٤٥٢ من مرشد الحيران ) والابجار ( م ٥٧٠ و ٥٧١ و ٥٧٧ و ٥٨٤ و ٦٢٩ و ٦٣١ و ٦٥٧ من مرشد الحيران ) .

#### ( مادة ١٦٠ )

يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد منسوخاً من تلقاء ذاته دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعلى من الاعلاء ، الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعلاء منه .

هذه المادة تطابق المادة ١٥٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ١٧٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢٤٥ من التقنين الأردني .

وتقابلها المادة ٢١٠ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكمها مع المبادئ المقررة في الفقه الاسلامي .

#### ( مادة ١٦١ )

في العقود الملزمة للجانبين ، اذا انقضى التزام لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبى لايد للمدين فيه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء ذاته .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ١٥٩ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . وقد أريد بتعديل نص هذه المادة الأخيرة على النحو الوارد في النص المقترح أن يكون الحكم أكثر وضوحاً ، لأن الالتزام لا ينقضى اذا كانت استحالة تنفيذه ترجع الى فعل المدين .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢١٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - في العقود الملزمة للجانبين ، اذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً بسبب اجنبى لا يد له فيه ، انقضى هذا الالتزام وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر ، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه .

٢ - فاذا كانت الاستحالة جزئية كان للدائن بحسب الأحوال أن يتمسك بالعقد فيما بقى ممكن التنفيذ أو أن يطلب فسخ العقد .

وتطابقها المادة ١٨١ من التقنين العراقي .

وتطابقها المادة ٢٤٢ من التقنين الاردني .

وتتفق معها في الحكم المادة ٢١٧ / ١ من التقنين الكويتي .

راجع المذكرة الايضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالاقالة .

#### ( مادة ١٦٥ )

١ - يجب ان يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد المتعاقدين وقت الاقالة .

٢ - واذا هلك بعض العقود عليه او حصل التصرف فيه ، صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من العوض .

هذه المادة مستحدثة .

وتتفق معها في الحكم المادة ٢١٧ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - للمتعاقدين ان يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده ، ما بقى العقود عليه قائما وموجودا في يد أحدهما .

٢ - فاذا هلك او تلف او حصل التصرف للغير في بعض العقود عليه ، جازت الاقالة في الباقي منه بقدر حصته من العوض .

وتتفق معها في الحكم المادة ١٨٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - يلزم ان يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد العاقد وقت الاقالة .

٢ - ففي البيع يلزم ان يكون المبيع قائما وموجودا في يد المشتري ، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن . اما هلاك الثمن فلا يكون مانعا من صحة الاقالة .

وتتفق معها في الحكم المادة ٢٤٤ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

١ - تتم الاقالة بالايجاب والقبول في المجلس وبالتعاطي بشرط ان يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد العاقد وقت الاقالة ولو تلف بعضه صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن .

راجع المذكرة الايضاحية للمواد الثلاثة الخاصة بالاقالة .

#### ( مادة ١٦٦ )

الاقالة في حق المتعاقدين فسخ ، وفي حق الغير عقد جديد .

هذه المادة مستحدثة .

وينفق حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامي في هذا الصدد ( انظر م ٤٦٠ - ٤٦٢ و ٤٦٥ و ٢٥٣ - ٢٥٥ من مرشد الحيران وم ٢٩٣ و ٢٩٤ و ٣١٤ من المجلة - البائع ج ٥ ص ١٧١ و ١٧٥ و ص ٢٣٨ - ٢٤٣ و ص ٢٥٢ ) .

#### ( مادة ١٦٣ )

في العقود الملزمة للجانبين ، اذا كانت الالتزامات المتعاقبة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به .

هذه المادة تطابق المادة ١٦١ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢١٩ من التقنين الكويتي التي تنص على انه « في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتعاقبة مستحقة الاداء جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن اوفاء بالتزامه اذا لم يتم المتعاقد الآخر بالوفاء بما التزم به ، وذلك ما لم يتفق على خلافه او يقض العرف بغيره » .

وتقابل المادة ٢٨٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال ، وللعامل ان يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى ان يستوفي الاجر المستحق سواء كان لعمله اثر في هذا الشيء او لم يكن وذلك كله وفقا للاحكام التي قررها القانون .

٢ - وفي كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس العقود عليه وهو في يده حتى يقبض البذل المستحق » .

وتقابل المادة ٣٨٨ من التقنين الاردني التي تنص على ان « لكل واحد من المتعاقدين في المعارضات المالية بوجه عام ان يحبس العقود عليه وهو في يده حتى يقبض البذل المستحق » .

ولان الدفع بعدم تنفيذ العقد يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة في الحق في الحبس ، فان التقنين العراقي والتقنين الاردني جعلانه فرعا في الحبس واوردا النص المتعلق به في المكان المخصص لهذا الحق .

وقد وردت في الفقه الاسلامي تطبيقات للدفع بعدم التنفيذ في عقود مختلفة كمعقد البيع وعقد الايجار وعقد الوكالة وعقد الزواج ، بحيث يمكن ان نستخلص من هذه التطبيقات نظرية عامة على النحو الذي جاء في النص المقترح والنصوص المقابلة له في التقنينات العربية . وهو يقيم الدفع بعدم التنفيذ على اساس فكرة المساواة بين المتعاقدين ، فلا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما لم يتم الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهي فكرة تقود الى نظرية السبب التي تقيم ارتباطا بين الالتزامات المتعاقبة في العقد الملزم للجانبين .

( انظر البائع ج ٤ ص ٢٠١ و ج ٥ ص ٢٤٩ - وانظر م ٤٥٤ و ٤٥٥ من مرشد الحيران وم ٢٧٨ الى ٢٨٠ من المجلة . وانظر عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٥٢ - ٢٦٢ ) .

#### ( مادة ١٦٤ )

للمتعاقدين ان يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده .

هذه المادة مستحدثة .

وتطابقها المادة ١٨٣ من التقنين العراقي .

وتطابقها المادة ٢٤٣ من التقنين الاردني .

وينفق معها في الحكم المادة ٢١٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « تعتبر الاقالة من حيث اثرها بمثابة الفسخ في حق الماعدين ، وبمناية عقد جديد في حق الغير » .

وقد استمد المشروع النص من الخاصة بالاقالة من الفقه الاسلامي . على أنه « تعتبر الاقامة من حيث اثرها بمثابة الفسخ في حق الماعدين ، وبمناية عقد جديد في حق الغير » .

فهو اتفاق يهدف فيه الطرفان الى الغاء الالتزامات التي ترتبت على العقد المأل منه ، وبذلك يؤدي الى انحلال العقد . كان يكون هناك عقد بيع ، لم ينفق الطرفان على الاقالة منه ، فيعود المبيع الى البائع ، ويسترد المشتري الثمن . ويقع هذا الاتفاق بالتراضي بعد قيام العقد طبقا للقواعد العامة ، فيشترط فيه ما يطلب في سائر العقود من شروط انعقاد وشروط صحة . وقد نصت المادة ١٦٤ من المشروع في هذا المعنى على أن « للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده » .

والرجوع في الهبة اذا تم بين الواهب والموهوب له بالتراضي ، فانه يعتبر اقالة من الهبة . غير أن هذا الرجوع قد يتم بغير الاقالة ، وذلك اذا لم يقبل الموهوب له الاقالة ، حيث يجوز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع .

ويشترط في الاقالة ، فضلا عما تقتضيه القواعد العامة ، أن يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد الماعد وقت الاقالة . وهذا شرط يتطلبه الفقه الاسلامي على أساس أن العقود عليه في البيع هو المبيع ، فاذا هلك المبيع لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه . ومن ثم لا تصدر الاقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة . وفي هذا المعنى نصت المادة ١٦٥ من المشروع على أنه « ١ - يجب أن يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد الماعد وقت الاقالة » .

٢ - واذا هلك بعض العقود عليه أو حصل التصرف فيه ، صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من العوض » .

وقد اختلف الفقه الاسلامي في تكيف الاقالة . يرى أبو حنيفة أن الاقالة تفسخ في حق المتقابلين ، وبيع جديد في حق الغير . ويرى أبو يوسف أنها بيع جديد في حق المتقابلين وفي حق الغير . وهذا أيضا هو الرأي في مذهب مالك . ويرى محمد أنها فسخ في حق المتقابلين في حق الغير . وهذا أيضا هو الرأي في مذهب الشافعي ومذهب أحمد . ويرى زفر أنها تفسخ في حق المتقابلين وفي حق الغير ( انظر في هذا المباحث ج ٥ ص ٣٠٦ - ٣٠٨ . الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٩٤ . عدد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ٢٦٩ ( ٢٧٧ ) .

وقد اخذ المشروع في هذا الصدد برأي الإمام أبي حنيفة . فنصت المادة ١٦٦ من المشروع على أن « الاقالة في حق المتعاقدين تفسخ ، وفي حق الغير عقد جديد » . وبترتيب على اعتبار الاقالة فسخا فيما بين المتعاقدين أن نأول العقد المأل منه باثر رجعي . فيعتبر العقد كأن لم يكن . فاذا كان العقد المأل منه سعا ، فام الملكة التي انتقلت الى المشتري في هذا العقد تزول باثر رجعي ، فيعتبر المشتري أنه

لم يكن مالكا قط . ويستثنى من ذلك عقد المدة ، اذا ان طبيعة هذا العقد تأبى الرجوع فيما تم تنفيذه منه ، لان الزمن معقود عليه في هذا العقد وما مضى من الزمن لا يعود ، ولذلك فان الاثر الرجعي لا يسرى في شأن ما تم تنفيذه من هذا العقد .

ويرتب على اعتبار الاقالة عقدا جديدا بالنسبة الى الغير انها لا تفسر حقوق الغير . فاذا كان العقد المأل منه بيعا ، فان العين تعود الى البائع محملة بما ترتب عليها للغير من حقوق كرهن في الفترة ما بين البيع والاقالة . واذا كان العقد المأل منه قد سجل وجب أيضا تسجيل عقد الاقالة . وبأخذ بالنسبة عند التقايل لانه من الغير . والاقالة بيع في حق الغير .

وبخلص مما تقدم ان المشروع في تنظيمه للاقالة اخذ من الفقه الاسلامي حكمتين :

الاول : انه اشترط أن يكون العقود عليه قائما وموجودا في يد الماعد وقت الاقالة .

والثاني : انه جعل الاقالة في حق المتعاقدين فسخا ، وفي حق الغير عقدا جديدا . وفيما عدا ذلك من الأحكام تسري القواعد العامة .

## الفصل الثاني

### الارادة المنفردة

( مادة ١٦٧ )

١ - لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك .

٢ - وتسري على الارادة المنفردة احكام العقد ، الا اذا كانت هذه الاحكام تتعلق بوجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام او كانت تتعارض مع نص القانون .

هذه المادة مستحدثة .

وكان النص المقترح في المشروع التمهيدي ، وهو المادة ٢٢٨ ، للتقنين الحالي يجري على النحو الآتي :

١ - اذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا وكان ملزمة معينة ، فان هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه الى علم من وجه اليه ، مادام هذا لم يرفضه .

٢ - وتسري على هذا الوعد الاحكام الخاصة بالعقود الا ما يتعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام .

٣ - يبقى الاجاب في العقود خاضعا للاحكام الخاصة به ويسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة موجه الى الجمهور » .

وهذا النص الذي ورد في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي كان يجعل من الارادة المنفردة مصدرا للالتزام بوجه عام ، ثم حلفت في لجنة المراجعة عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الارادة المنفردة ملزمة واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من ان الارادة المنفردة تنبئ التزاما . وقد ترتب على هذا الحذف ان اصبح النص الى حجب الوجود في الفصل الخاص بالارادة المنفردة مع نص الوعد بجائزة الموجه الى الجمهور ، المادة ١٦٢ من التقنين الحالي . وعلى ان ذلك محد خلاف في الفقه . فذهب ابي الى انه بعد حذف النص المقترح لم تعد الارادة المنفردة مصدرا للالتزام وامسحت الالتزامات الناشئة عنها ، فقام بمقتضى نص قانونه خاصة بحيث صار نص القانون

والتقنين الكويتي في المادة ٢٢٠ على ما يأتي :

« ١ - التصرف القانوني الصادر بالارادة المنفردة لا ينشئ التزاما ولا يعدل في التزام قائم ولا ينهيه ، الا في الاحوال الخاصة التي ينص عليها القانون .

٢ - فان قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله أو بإتقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالارادة المنفردة ، سري على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون ، الا ما كان منها متعارضاً مع قيام التصرف على الارادة الواحدة وعلى الاخص ما تعلق بتوافق ارادتي طرفي العقد » .

والفقه الاسلامي يعترف للارادة المنفردة بالقدرة على انشاء الالتزام ، وعيز في هذا الصدد بين الالتزام والوعد والند ، ولكنه يختلف في مدى التقيد بتصرف من هذه التصرفات ( انظر السنانج ج ٥ ص ٨١ وما بعدها وج ٦ ص ١١٥ - ٢١٤ . وانظر عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٤١ - ٤٦ ) .

وفي ضوء كل ما تقدم فان النص المقترح يقف بالارادة المنفردة عند حذ كونها مصدراً استثنائياً للالتزام ، فلا تعتبر كذلك الا في الحالات التي ينص فيها القانون على الالتزام بالارادة المنفردة .

( مادة ١٦٨ )

١ - من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيا عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة او دون علم بها .

٢ - واذا لم يعين الواعد اجلا للقيام بالعمل . جاز له الرجوع في وعده باعلان يوجهه للجمهور . على الا يؤثر ذلك في حق من اتم العمل قبل الرجوع في الوعد . ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع في خلال ستة اشهر من تاريخ اعلانه المدول للجمهور .

هذه المادة تطابق المادة ١٦٢ من التقنين الحالي . مع استبدال عبارة « ولا تسمع » بعبارة « وتسقط » في الفقرة الثانية .

وتقابل المادة ١٨٥ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٢٥٥ من التقنين الاردني .

وتقابلها المواد ٢٢١ - ٢٢٦ من مشروع التقنين الكويتي .

وتتضمن المادة المقترحة تطبيقاً للالتزام بارادة منفردة . حيث يلتزم من بوجه الى الجمهور وعدا بجائزة عن عمل معين بارادته المنفردة .

ويتفق هذا التطبيق مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي من التزام الواعد بوعده ( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٤٥ ) .

هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات . بينما ذهب رأى آخر الى اعتبار الارادة المنفردة مصدراً استثنائياً للالتزام . لان الالتزامات التي يكون القانون مصدراً مباشراً لها لا تستند الا الى وقائع مادية ، اما الالتزامات التي تنشئها الارادة المنفردة فمصدرها المباشر هو هذه الارادة . وهذا هو الرأي الذي يعتنقه الفقه الحديث في المانيا وايطاليا وفرنسا ، ويقول به اغلب الفقه في مصر ، كما هو مسلك التشريعات الحديثة :

فالتقنين الألماني ينص في المادة ٣٠٥ على أن « انشاء الالتزام بمقتضى تصرف قانوني لا يكون الا بعقد » . عدا الاحوال التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك » .

والتقنين الإيطالي ينص في المادة ١٦٨٧ على أن « الوعد المنفرد بالقيام بأداء لا يكون له أثر ملزم في غير الاحوال التي نص عليها القانون » .

والتقنين العراقي ينص في المادة ١٨٤ على ما يأتي :

١ - لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك .

٢ - وسري عليها ما يسري على العقد من أحكام الا ما يتعلق منها بوجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام » .

والتقنين الليبي ينص في المادة ٦٥ على ما يأتي :

١ - اذا نص القانون على أن تكون الارادة المنفردة مصدراً للالتزام سري عليها ما يسري على العقد من أحكام ، الا اذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الارادة أو كانت تتعارض مع نص القانون .

٢ - وسري بوجه عام أحكام العقد على الارادة المنفردة باعتبارها تصرفاً قانونياً يرتب آثاراً أخرى غير انشاء الالتزام » .

ويلاحظ أن هذا النص الوارد في التقنين الليبي متأثر بالرأي الفقهي الذي أشير اليه والذي يذهب الى أن نص القانون هو المصدر المباشر للالتزامات التي تكون الارادة المنفردة مصدراً لها بمقتضى النص .

والتقنين الاردني : ينص في السواد من ٢٥٠ الى ٢٥٣ على ما يأتي : م ٢٥٠ : « يجوز ان يتم التصرف بالارادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول مالم يكن فيه التزام الغير بشيء . وذلك طبقاً لما يقضى به القانون » .

م ٢٥١ : ١ - « سري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لنشوء العقد . وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك » .

٢ - « سري الاحكام في العقد خاضعاً للأحكام الخاصة به » .

م ٢٥٢ : اذا استوفى التصرف الانفرادي ركنته وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه مالم ينص القانون على غير ذلك » .

م ٢٥٣ : ١ - اذا كان التصرف الانفرادي تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف اليه الا بقبوله .

٢ - واذا كان اسقاطاً فيه معنى التملك أو كان ابراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف اليه ولكن يرد بوجه في المجلس .

٣ - « اذا كان اسقاطاً محضاً ثبت حكمه ولا يرد بالرد » .

٤ - كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه » .

### الفصل الثالث

#### المعمل غير المنروع

#### الفرع الأول

#### المسئولية عن الاعمال الشخصية

( مادة ١٦٩ )

١ - كل فعل سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، ولو كان غير مميز .

تناول هذه المادة القاعدة في المسئولية عن الاعمال الشخصية ، فهي بهذه المثابة تعتبر القاعدة العامة في المسئولية عن العمل غير المنروع . وهذه المادة يقابلها في التقنين الحالي المادتان الاتيتان :  
م ١٦٣ : « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » .  
م ١٦٤ : « يكون الشخص مسئولا عن اعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز » .

١ - ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه او تملد الحصول على التعويض من المسئول ، جاز للقاضي ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض مادل مراعي في ذلك مركز الخصوم » .

وتقابلها في التقنين العراقي المواد الآتية :

م ١٨٦ : ١ - « اذا ائلف أحد مال غيره أو انتقص قيمته مباشرة أو تسببا ، يكون ضامنا ، اذا كان في احدثائه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى » .

٢ - « اذا اجتمع المباشر والتسبب ضمن المتعمد أو المتعدى منهما ، فلو ضمنا معا كاتا متكافئين في الضمان » .

م ١٩١ : ١ - « اذا ائلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » .

٢ - « اذا تملد الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز أو مجنوناً ، جاز للمحكمة ان تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر » .

٣ - « عند تقدير التعويض المادل عن الضرر لابد للمحكمة ان تراعى في ذلك مركز الخصوم » .

م ٢٠٢ : « كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من انواع الايذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر » .

م ٢٠٤ : « كل تعدد يصيب الغير بأى ضرر آخر غير مذكور في المواد السابقة يستوجب التعويض » .

م ٢١٦ : ١ - « لا ضرر ولا ضرار » والضرر لا يزال بمنزلة وليس للمظلوم ان يظلم بما ظلم » .

٢ - « فلو ائلف أحد مال غيره في مقابل ائلاف هذا لماله كان كل منهما ضامنا للآخر ما ائلف » ولو انخدع شخص فاخذ دراهم زائفة من شخص آخر فليس له ان يصرفها الى غيره » .

وتقابلها في التقنين الاردني المواد الآتية :

م ٢٥٦ : « كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر » .

م ٢٥٧ : ١ - « يكون الاضرار بالمباشرة أو التسبب » .

٢ - « فان كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له واذا وقع بالتسبب فيشترط التعدى أو التعمد أو ان يكون الفعل مفضيا الى الضرر » .

م ٢٥٨ : « اذا اجتمع المباشر والتسبب يضاف الحكم الى المباشر » .

م ٢٦٠ : « ليس لمن ائلف ماله شخص ان يتنفذ مال ذلك الشخص والا ضمن كل منهما ما ائلفه » .

م ٢٧٣ : « ما يجب من مال في الجناية على العس ما دونها ولو كان الجاني غير مميز هو على العاقلة أو الجاني للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين وفقا للقانون » .

م ٢٧٤ : « رغضا عما ورد في المادة السابقة ، كل من أتى فعلا ضارا بالنفس من قتل أو جرح أو ايداء يلزم بالتعويض عما احدثه من ضرر للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين أو من كان يعولهم وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار » .

م ٢٧٥ : « من ائلف مال غيره أو افسده ضمن مثله ان كان مثليا وقبضته ان كان قيميا وذلك مع مراعاة الاحكام العامة للنظمين » .

م ٢٧٨ : « اذا ائلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » .

وتقابلها في التقنين الكويتي المادة ٢٢٧ التي تنص على ما يأتي :

١ - « كل من احدث بخطئه ضررا لغيره يلتزم بتعويضه ، سواء كان في احدثائه الضرر مباشرا أو متسببا » .

٢ - « ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطيء ولو كان غير مميز » .

وفي الفقرة الأولى من النص المقترح تنضج اركان المسئولية التقصيرية وهي ثلاثة: الفعل الضار والضرر وعلاقة السببية بين الفعل والضرر. وهذه الأركان جميعها واجبة الإثبات . غير أنه يلاحظ أن النص المقترح جاء فيه لفظ « فعل » بدلا من لفظ « خطأ » الوارد في نص التقنين الحالي . وهذا التغيير مقصود . ومقتضاه أن يتوزع عبء الإثبات على عاتق الطرفين في الدعوى . حيث يكفي من المضرور باثبات الفعل الذي ترتب عليه الضرر ، أي اثبات نسبة هذا الفعل الى المدعى عليه . ويبقى على هذا الأخير أن يقيم الدليل على أن العمل المنسوب اليه مما يجوز له أن ياتيه شرعا ، فاذا نجح في هذا الإثبات اندفعت المسئولية عنه . لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان . واذا لم ينجح قامت مسئوليته . وبذلك يتوزع عبء الإثبات بين الطرفين ، الأمر الذي يخفف عن المضرور عبء اثبات خطأ يصعب اثباته في كثير من الحالات .

وقد يبدو لأول وهلة أن هذا التغيير لا ينطوي على أهمية له من الناحية العملية ، لا سيما اذا عرفنا أن ما يحصل عملا هو أن يبادر كل من الطرفين منذ البداية الى تقديم ما يراه من ادله لصالحه . ولكن مع ذلك فإن التطبيق العملي قد يسفر عن صور لم تخطر على البال ، فيكون من الأفضل تحديد عبء الإثبات على هذا النحو . إذ أن لهذا التحديد أهمية لمعرفة من يكسب الدعوى ومن يخسرهما ، والذي لا يقع عليه عبء الإثبات لا يخسر الدعوى اذا أخفق في التدليل على ما يدعيه .



ويلاحظ في هذا الشأن أن الفقه الاسلامي عني بذكر تطبيقات عديدة للقاعدة العامة فيما يتعلق بالفعل الضار . فتحدث عن اتلاف المال ، والغصب ، والأفعال الضارة التي تقع على النفس . وقلته في ذلك التقنين العراقي والتقنين الاردني ، ولكنهما مع ذلك عادا الى تقرير القاعدة العامة كما هو واضح من النصوص السالفة الذكر .

وقد روى عدم الاغراق في التطبيقات والتفاصيل ، والاكتفاء بالقاعدة العامة على النحو الوارد في النص المقترح . فهذا أسلم من الناحية التشريعية ، وادعى الى ترك الباب مفتوحا أمام الاجتهاد ، لا سيما وأن التطبيقات مهما كثرت لا يتصور أن تكون شاملة كل ما يدخل تحت القاعدة العامة .

وهناك مسألة يجب القاء الضوء عليها ، وهي علاقة السببية بين الخطأ والضرر . فالمسئولية ، سواء كانت عقدية أو تقصيرية ، تقوم على أركان ثلاثة ، هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . فلا يكفي لقيام المسئولية أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل لابد أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى الى وقوع الضرر . ومعرفة ما اذا كانت السببية قد قامت بين الخطأ والضرر أم لم تقم مسألة يتق نظر فيها حين تتمدد الأسباب التي أدت الى وقوع الضرر . ولذلك تعددت فيها النظريات سواء في فقه القانون الوضعي أو في الفقه الاسلامي . ومن النظريات التي جاءت في الفقه الاسلامي أن المباشر ضامن وإن لم يعتمد ( م ٩٢ من المجلة ) ، والمتسبب لا يضمن الا بالتعمد ( م ٩٣ من المجلة ) ، وإذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر ( م ٩٠ من المجلة ) . وبها أخذ التقنين العراقي والتقنين الاردني والتقنين الكويتي . ولكنها ليست النظرية الوحيدة في الفقه الاسلامي . والنص على نظرية معينة ليس عملا سليما من الناحية التشريعية ، حيث يحسن أن يترك الباب مفتوحا أمام الاجتهاد . وكما خضعت الفكرة لتطور في فقه القانون الوضعي يحسن أن تترك كذلك للتطور في الفقه الاسلامي .

لهذا روى عدم الإشارة في النص المقترح أو في غيره الى نظرية معينة في خصوص علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر .

أما عن مسئولية عديم التمييز فقد روى في النص المقترح أن يؤخذ بما يقرره الفقه الاسلامي ، حيث تكون القاعدة هي مسئولية عديم التمييز عن الفعل الضار الذي يصدر منه ، فلا تكون مسئوليته على سبيل الاستثناء كما يقضي التقنين الحالي . ووجه العدالة ظاهر في الحل المقترح والذي يأخذ به الفقه الاسلامي . والاتجاه الآن نحو التوسع في الحالات التي تقوم فيها المسئولية على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ . ولعل فيما عرضنا له من توزيع عبء اثبات الفعل الضار بين طرفي الدعوى ما يشير الى الرغبة في أن نخطو خطوة في هذا الطريق . ( انظر م ٩١٦ من المجلة ) .

( انظر م ٨٨١ - ٩٢٥ من المجلة )

( مادة ١٧٠ )

إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز ، وتعد الحصول على التعويض من ماله ، جاز للقاضي أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض .

هذه المادة تقابل المادة ١٦٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١٥ - يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

٢ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعى في ذلك مركز الخصوم .

وتقابل المادة ٢٩١ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :  
١٥ - إذا أُلِفَ صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله .

٢ - وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبيا غير مميز أو مجنونا جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر .

٣ - عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعى في ذلك مركز الخصوم .

وتقابل في التقنين الادنى المادتين الاتيتين :

م ٢٥٦ : كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر .  
م ٢٧٨ : إذا أُلِفَ صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله .

وتقابل المادة ٢٢٧ / ٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :  
« ومع ذلك يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ . ولو كان غير مميز » .

وحكم المادة المقترحة يسير للمضروور الحصول على التعويض إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز وتعد الحصول على التعويض من ماله . حيث يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض كولي أو وصي أو قيم أو مكلف بالرقابة . يكون لهذا المسئول إذا استطاع أن ينفي الخطأ عن نفسه ، أن يرجع فيما بعد على عديم التمييز ( قارن م ٩١٦ من المجلة ) .

( مادة ١٧١ )

يعتبر فعلا ضارا يستوجب المسئولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يداهم في النفس أو العرض أو المال ، إذا كان في مقدوره أن يبذل هذه المعونة دون أن يتعرض لخطر .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تتناول واجبا يفرضه الشرع حماية للنفس أو العرض أو المال . فإذا وجد شخص غيره يتعرض لأذى في نفسه أو اعتداء على عرضه أو غصب أو اتلاف لماله وجب عليه أن يبادر الى انقاذ هذا الغير كي يحمي نفسه أو يصون عرضه أو يحفظ ماله ، مادام أن لديه القدرة على هذا

تناول هذه المادة السبب الاجنبي الذي من شأنه ان يقطع علاقة السببية بين فعل المدعى عليه في دعوى المسؤولية والضرر الذي اصاب المدعى في هذه الدعوى .

وهي تطابق في حكمها المادة ١٦٥ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا بد له فيه كافة كحادث مفاجئ او قسوى قاهره او خطأ من المضرور او خطأ من الغير . كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر . ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك » .

وتطابق في حكمها المادة ٢١١ من التقنين العراقي التي تنص على انه « اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا بد له فيه كافة مساوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المضرور كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك » .

وتطابق في حكمها المادة ٢٦١ من التقنين الاردني التي تنص على ان « اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا بد له فيه كافة مساوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او فعل المضرور كان غير ملزم بالضمان مالم يقض القانون او الاتفاق بغير ذلك » .

وتطابق في حكمها المادة ٢٢٣ من التقنين الكويتي التي تنص على انه « اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي عنه لا بد له فيه كافة قاهرة او حادث فجائي او فعل المضرور او فعل الغير . كان غير ملزم بالتعويض . وذلك ما لم يوجد نص بنقض بغيره » .

ولم يرد في النص المقترح ذكر للحادث المفاجئ الذي ذكرت النصوص المقابلة لانه يعتبر من قبيل القوة القاهرة . ولذلك لا يفرق الفقه بينهما في الحكم . وكذلك لم تذكر في النص المقترح الآفة المساوية التي ذكرها النصاب العراقي والاردني لقلا عن الفقه الاسلامي لانها ايضا تعتبر من قبيل القوة القاهرة .

#### ( مادة ١٧٣ )

##### ١ - الضرورات تبيح المحظورات . ولكنها تقدر بقدرها .

٢ - فمن احدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عرضه او ماله او عن نفس الغير او ماله . كان غير مسئول . على الا يجاوز في دفاعه القدر الضروري . والا اصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

تناول هذه المادة حالة الدفاع الشرعي .

والفقرة الأولى من هذه المادة مستحددة . وهي تطابق الفقرة الأولى من المادة ٢١٢ من التقنين العراقي .

والفقرة الثانية من هذه المادة تطابق المادة ١٦٦ من التقنين الحالي .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢١٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « فمن احدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عن غيره كان غير مسئول على الا يجاوز في ذلك القدر الضروري . ولا اصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » .

الانفاذ دون ان يتعرض لخطر . فان قصر في اداء هذا الواجب تحققت مسؤوليته . كان يرى سباح شخصا يشرف على الفرق فيمتنع عن نجدة رغم قدرته على انفاذه دون ان يتعرض لخطر . او يرى شخصا آخر يحطف اتنى وهي تستغيث فيقع عن نجدة رغم قدرته على ذلك . او يرى شخصا آخر يحطف مال غيره ويقر به فلا يبادر الى تنبيهه لاسترداد المال منه رغم ان في وسعه ذلك . او يراه يضرم النار في مال غيره فلا يمنعه من ذلك رغم ان هذا المنع في استطاعته .

وقد تار بحث هذه المسألة في فقه القانون الوضعي الحالي في شأن حالات الامتناع عن تقديم يد المونة التي لم يصح فيها القانون على واجب محدد . فكان الرأي ان الشخص لا يكون مسئولا حتى لو امتنع عن عمل فيه مصلحة محققة لآخر . وذلك حماية لحرية الممتنع ولان الواجب حينئذ يكون من قبيل الواجبات الخلقية التي لا يتكفل بها القانون . على ان هذا لا يعنى . في نطاق القانون الحالي . ان المسؤولية في حالة الامتناع لا تقوم الا عند الاخلال بالتزام قانوني محدد يفرض القيام بعمل معين . كما في حالة الامتناع عن اضاءة مصباح السيارة أثناء السير . فهناك حالات يكون الامتناع فيها موجبا للمسؤولية رغم عدم وجود التزام قانوني محدد . وذلك حين يكون هذا الامتناع اخلايا بواجب عام يقضى باتخاذ ما يلزم لحماية الغير في ظروف معينة . فمثلا يجب على مصلحة السكك الحديدية ان تتخذ ما يلزم لتنبيه الجمهور الى الخطر عند اجتيازهم المرات المسطحة التي تعبر خطوطها الحديدية . ويجب على مصلحة التنظيم عندما تحفر حفرة في الطريق أثناء القيام بعمل يقضى ذلك ان تضع بجانبها . شارة تنبه المارة الى وجودها . بل ان هذا الواجب العام قد تفرضه تقاليد مهنة معينة . فالطبيب الذي يجد في الطريق شخصا أصيب في حادث بحيث أصبح في حاجة الى انفاذ سريع يجب حجب عليه ان يبادر الى انقاذه . فان امتنع الطبيب عن ذلك كان مخاطبا وتحققت مسؤوليته .

وجدير بالذكر في هذا المقام ان قانونا صدر في فرنسا سنة ١٩٤٥ عدل الشارح الفرنسي بموجبه المادة ٤٥ من تقنين العقوبات الفرنسي . بحيث أصبح امتناع الشخص عن تقديم المساعدة جرمية اذا كان في استطاعته دون خطر عليه او على غيره ان يمنح فعلا يمد جناحة او جنحة ضد سلامة الغير ولا يمنعه . او كان يعلم دليل براحة معتقل او محكوم عليه في جناحة او حصة ولا يتقدم للدلاء بشهادته امام القضاء او الشرطة . وهاتان حالتان يعتبر الممتنع فيهما آثما شرعا .

ويأتى النص المقترح ليعبر واجبا قانونيا محددا في هذا الصدد . فيفيينا عن نلمس الحالات التي يكون الامتناع فيها عن تقديم يد المونة موجبا للمسؤولية . فهو يقرر قاعدة من شأنها ان ترتفع بالواجب الخلقى الذي يفرضه الشرع الى مستوى الواجب القانوني الذي يستوجب المسؤولية . وحري بالمتنوع الاسلامي ان يأخذ بقاعدة على هذا النحو تستوعب جميع الحالات التي يقع فيها الشخص عن المبادرة الى انفاذ الغير من خطر يهدده في النفس او العرض او المال رغم استطاعته ذلك .

#### ( مادة ١٧٢ )

اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا بد له فيه . كقوة قاهرة او فعل المضرور او فعل الغير . كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر . ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك .

عليه ، او كان يعتقد انها واجبة ، واثبت انه كان يعتقد مشروعية الفعل الذي وقع منه . وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة ، وانه راعى في عمله جانب الحيطة .

هذه المادة تطابق المادة ١٦٧ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي طفيف .

وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ٢١٥ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ من التقنين الاردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٣٧ من التقنين الكويتي .

وهي تعتبر تطبيقا لمبدأ شرعي يقول به الفقه الاسلامي ، حيث يفرض بان « يضاف لفعل الى الفاعل لا الامر مالم يكن مجبرا » (م ٨٩ من المجلة ) .

## الفرع الثاني

### المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة

ع: الأسماء

١ - المسئولية عن عمل الغير

( مادة ١٧٦ )

١ - كل من يجب عليه قانونا او اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره او بسبب حالته العقلية او الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ، وذلك مالم يثبت انه قام بواجب الرقابة ، او ان الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

٢ - ويعتبر القاصر في حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة ، او بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنقل الرقابة على القاصر الى معلمه في المدرسة او المشرف في العرفه ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم او المشرف . وتنقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها او الى من يتولى الرقابة على الزوج اذا كانت الزوجة في كنف منولى الرقابة .

هذه المادة تطابق المادة ١٧٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - كل من يجب عليه قانونا او اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره او بسبب حالته العقلية او الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

وتقابل المادة ٢٦٢ من التقنين الاردني التي تنص على ان « من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او ماله او عن نفس الغير او ماله كان غير مسئول على الا يحاوز قدر الضرورة والا أصبح ملزما بالضمان بقدر ما جاوزه » .

وتطابق في حكمها المادة ٢٣٥ من التقنين الكويتي .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تتضمن المبدأ الشرعي الذي يقول به الفقه الاسلامي والذي يعتبر حكم الفقرة الثانية تطبيقا له ( م ٢١ و ٢٢ من المجلة ) -

( مادة ١٧٤ )

١ - يختار اهون الشريطين . فاذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضررا بارتكاب اخفهما ، ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف . ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطلا كليا .

٢ - فمن اضطر الى ان يلحق ضررا بالغير ليتفادى ضررا اكبر محدقا به او بغيره ، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً .

والفقرة الاولى من هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق الفقرة الاولى من المادة ٢١٣ من التقنين العراقي -

والفقرة الثانية من هذه المادة تقابل المادة ١٦٨ من التقنين الحالي التي تنص على انه « من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا اكبر محدقا به او بغيره لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه او لغيره من ضرر محقق يزيد كثيرا على الضرر الذي سببه لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً » .

وتقابل المادة ٢٣٦ من التقنين الكويتي .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تتضمن المبدأين الشرعيين اللذين يقول بهما الفقه الاسلامي والذي يعتبر حكم الفقرة الثانية تطبيقا لهما ( م ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٣ من المجلة ) .

( مادة ١٧٥ )

لا يكون الموظف العام مسئولا عن فعله الذي اضر بالغير اذا قام به تنفيذا لامر صدر اليه من رئيس ، متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة

وحكم المادة المقترحة ، اذ يلزم المكلف بالرقابة بتعويض الضرر الناجم عن فعل الخاضع لرقابته . واذا بقيت قرينة تخفف عبء الانبئات عن الضرر في هذا الصدد ، انما يهدف الى حماية للضرر ونيسر حصوله على التعويض . ويبقى أمام المكلف بالرقابة ان يرجع بما اداء من تعويض على الخاضع للرقابة وبذلك فان هذا الحكم يتفق مع القاعدة الشرعية التي تقضي بان الضرر يزال ( م ٢٠ من المجلة ) ، وان الضرر يدفع بقدر الامكان ( م ٣١ من المجلة ) .

( مادة ١٧٧ )

١ - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار ، متى كان واقعا منه في حال تادية وتبليغه او بسببها .

٢ - وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن للمتبوع حراً في اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقايته وفي توجيهه .

هذه المادة تطابق المادة ١٧٤ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٢٤٠ من التقنين الكويتي .

وتقابل الفقرة الأولى (ب) من المادة ٢٨٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « لا يسأل أحد عن فعل غيره » . ومع ذلك فالمحكمة بناء على طلب المضرور اذا رأت مبرراً ان تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من اوقع الضرر .

ب - من كانت له على من وقع منه الاضرار سلطة فعلية في رقايته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره اذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تادية وتبليغه او بسببها ، .

وتقابل المادة ٢١٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسئولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم ، اذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم .

٢ - ويستطيع المخدم أن يتخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه بلل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو بذل هذه العناية . . ٤

ويلاحظ ان المسؤولية في حكم النص الذي نحن بصدده تقررها قاعدة موضوعية ، بمعنى أن القاعدة الواردة في هذا النص تقرر حكماً موضوعياً وليست قاعدة اثبات . ومن ثم فهي لا تنفصل عن قرينة قانونية على خطأ المتبوع . وما يقال من أنها تستل على قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس قول ليس له معنى قانوني . فهو ليس الا تعبيراً غير سليم عن قاعدة موضوعية . ذلك ان فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها ، اذ الدليل لا بد أن يقبل اثبات العكس ، فاذا امتنع هذا الإثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقية .

٢ - ويعتبر القاصر في حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة ، او بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر الى معلمه في المدرسة او المشرف في الحرفة ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم او المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها او الى من يتولى الرقابة على الزوج .

٣ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، او أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

أولاً - حذف من الفقرة الأولى العبارة الأخيرة فيها ، وهي التي تفيد التزام المكلف بالرقابة بالتعويض ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز ، حيث صار حكمها مسلماً بعد أن أصبحت القاعدة في النصوص المقترحة هي التزام من يقع منه الفعل الضار بالتعويض ولو كان غير مميز .

ثانياً - أضيفت في آخر الفقرة الثانية عبارة « اذا كانت الزوجة في كنف متولى الرقابة » . وذلك لفرض مسؤولية متولى الرقابة على الزوج على الحالة التي تكون فيها الزوجة في كنف متولى الرقابة على زوجها ، لأنه اذا كانت الزوجة منفصلة عن الزوج فلا محل لمسألة متولى الرقابة عن أفعالها الضارة .

ثالثاً - أدمج حكم الفقرة الثالثة مع حكم الفقرة الأولى .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٣٨ من التقنين الكويتي .

وتقابل الفقرة الأولى ( ١ ) من المادة ٢٨٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « لا يسأل أحد عن فعل غيره » . ومع ذلك فالمحكمة بناء على طلب المضرور اذا رأت مبرراً ان تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من اوقع الضرر .

١ - من وجبت عليه قانوناً او اتفاقاً رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره او حالته العقلية او الجسدية الا اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

وتقابل المادة ٢١٨ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - يكون الأب تم الجدة ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير .

٢ - ويستطيع الأب أو الجدة أن يتخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب .

## ٢ - المسؤولية الناشئة عن الأشياء

## ( المادة ١٧٩ )

كل من تولى حراسة شيء يكون مسئولاً عما يحدثه هذا الشيء من ضرر للغير ، سواء أكان هذا الشيء حيواناً أم جماداً ، وسواء أكان منقولاً أم عقاراً .

هذه المادة تقابل المواد ١٧٦ و ١٧٧ فقرة أولى و ١٧٨ من التقنين الحالي .

فالمادة ١٧٦ من هذا التقنين تنص على أن : حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب اجنبى لا يدل عليه فيه .

فالمادة ١/١٧٧ من هذا التقنين تنص على أن : حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له مسئولاً عما يحدثه انهيار البناء من ضرر ، ولو كان انهياراً جزئياً ، مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه الى احوال فى الصيانة أو قبح فى البناء أو عيب فيه .

والمادة ١٧٨ من هذا التقنين تنص على أن : كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها غاية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب اجنبى لا يدل عليه فيه . هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من احكام خاصة .

وقد روى تعميم مبدأ المسؤولية الناشئة عن الاشياء بحيث تشمل المسؤولية من فعل الحيوان ، وعما ينشأ من ضرر بفعل البناء أيا كان سبب الضرر انهياراً أو غيره ، وكذلك المسؤولية عن سائر الاشياء ، سواء أكانت آلات ميكانيكية أم اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أم غير ذلك ، وتوحيد الحكم فى جميع هذه الحالات . اذ لا مبرر للمغايرة فى مسؤولية حارس الاشياء المختلفة ولا لقصر مسؤولية حارس البناء على حالة دون اخرى . ولذلك صيغ نص المادة المقترحة بحيث يشمل احكام المواد ١٧٦ و ١٧٧ فقرة أولى و ١٧٨ من التقنين الحالى بعد تعديل نصوص هذه المواد على النحو التالى :

النص المقترح ينص على أن : المادة ١٧٦ من التقنين الحالى بعد تعديل احكامها بحيث يسرى على جميع الاضرار التى تنشأ بفعل البناء دون الاقتصار على ما يحدثه انهيار البناء من ضرر ، وكذلك عبارة : ولو ضل الحيوان أو تسرب ، لا يبرأ حكمها فى الفقرة الثالثة من المادة ١٨٠ المقترحة .

كما تتضمن حكم المادة ١٧٧ فقرة أولى من التقنين الحالى بعد تعديل حكمها بحيث يسرى على جميع الاضرار التى تنشأ بفعل البناء دون الاقتصار على ما يحدثه انهيار البناء من ضرر .

وتشمل كذلك الحكم الوارد فى المادة ١٧٨ بعد أن استبعدت منها عبارة : اشياء تتطلب حراستها غاية خاصة أو آلات ميكانيكية ، بقصد تعميم المسؤولية الناشئة عن الاشياء ، بحيث تشمل كل ضرر ينشأ بفعل شيء أيا كان هذا الشيء . كما استبعدت من النص عبارة : هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من احكام خاصة ، لعدم فائدتها .

كما أن هذه المسؤولية تقوم على فكرة الضمان . فقد رأى الشارع لاعتبارات تقوم على التكافل الاجتماعى أن يضمن المتبوع خطأ تابعه الذى يقع أثناء تادية الوظيفة أو بسببها ويترتب عليه ضرر يصيب الغير . ولا وجه لأن يعترض على هذا النظر بأن الكفالة هنا مقرونة رغم ارادة الكفيل ، لاننا بصدد ضمان يفرضه القانون لاعتبارات معينة حتى ييسر للمضرور الحصول على التعويض .

وما دام أن هذا هو الأساس الذى تقوم عليه مسؤولية المتبوع ، فإن هذه المسؤولية تتحقق حتى لو كان المتبوع غير مميز . اذ القانون هو مصدر الضمان الذى تقوم عليه هذه المسؤولية ، ومن ثم لا يشترط التمييز لقيامها .

وينبنى على ذلك أنه اذا توفرت شروط مسؤولية المتبوع فإن هذه المسؤولية تتحقق دون أن يكون فى وسع المتبوع أن يدافع عن نفسه بأية وسيلة ، اذ لا تصح منافسة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها .

وما يقال من أن المتبوع يستطيع أن يدفع مسؤوليته بنفى مسؤولية التابع استناداً الى سبب اجنبى قول تعوزه الدقة . اذ أن مسؤولية المتبوع لا تقوم الا اذا تحققت مسؤولية التابع ، فاذا انقضت هذه الأخيرة فإن الأولى لا تقوم لعدم توافر الشروط اللازمة لذلك . ويبقى أمام المتبوع أن يرجع بما اذاه من تعويض على تابعه .

وحكم المادة المقترحة ، اذ يلزم المتبوع بضمان الفعل الضار الذى يقع من تابعه ، إنما يهدف الى حماية المضرور وتيسير حصوله على التعويض على أساس من التكافل الاجتماعى . ويبقى أمام المتبوع أن يرجع بما اذاه من تعويض على تابعه . وبذلك فإن هذا الحكم يتفق مع القاعدة الشرعية التى تدعو الى التكافل الاجتماعى والاخذ بيد المضرور كلما أمكن ذلك .

## ( مادة ١٧٨ )

للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما دفعه من تعويض عن الضرر الذى أحدثه هذا الغير .

هذه المادة تطابق فى حكمها المادة ١٧٥ من التقنين الحالى التى تنص على أن : للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٢٠ من التقنين العراقى التى تنص على أن : للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه . وتطابق فى حكمها المادة ٢/٢٨٨ من التقنين الأردى التى تنص على ما يأتى : « ولئن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به » .

وتطابق فى حكمها المادة ٢٤١ من التقنين الكويتى التى تنص على أن : للمسئول عن عمل الغير أن يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضرور تعويضاً عن عمله غير المشروع .

وحق المسئول فى الرجوع على الغير بما دفعه للمضرور يرجع الى أنه ضامن وليس مسئولاً مسؤولية شخصية . وبذلك يعتبر تطبيقاً للقاعدة الشرعية التى تنص بأنه لا يسأل أحد عن فعل غيره . وهو ما جاء فى الآية الكريمة : « ولا تزر وازرة وزر اخرى » .

## ( مادة ١٨٠ )

١ - يعتبر حارسا للشيء من له بنفسه أو بواسطة غيره سلطة فعلية عليه في وظيفته والتصرف في أمره لحسابه الخاص ، ولو كان غير مميز .

٢ - ويفترض ان مالك الشيء هو ساووسه ، ما لم يثبت ان الحراسة قد انتقلت الى غيره .

٣ - ويصل الحراسة على الحيوان ولو ضل أو تسرب .

هذه المادة مستحددة .

وهي تتناول في فقرتها الأولى تعريف الحراسة وفق ما اسمر عليه الفقه والعضاء . فتطلب في الحارس ان يكون له سلطة مسببة على الشيء ، سواء كان يباشر هذه السلطة بنفسه أو بواسطة غيره لبايئة مثلاً . أو من له الولاية عليه اذا كان غير مميز . وتبرز في الوقت ذاته عدم اشتراط التمييز لدى الحارس مادامت السلطة الفعلية على الشيء لتجوز مباشرتها بواسطة الولي .

وقد قصد بالنص على ذلك حسم الخلاف الذي ناز في حسنا الشأن ، وذلك باختيار الرأي الذي ينسق مع ما استقر عليه الفقه والعضاء في مصر فيما يتعلق بعدم اشتراط التمييز لدى المتنوع . وانواع ان قيام مسؤولية المتنوع على اساس العمد ونون العمل في هذه الحالة قد فرضها القانون لا يترك مجالاً للشك في قيام مسؤوليته المتنوع غير المميز لما فصلنا فيما تقدم . وفي الحالة التي نحن بصددتها ايضاً ، فان قيام مسؤولية الحارس على فكرة اتضامن او الحدف الاجتماعي . وتكون اساسها الضرر وليس الحسناً . ينبغي سبه ان يكون الحارس مسؤولاً ولو كان غير مميز . فهذا حكم ثان يمكن الوصول اليه في يسر بدون نص ، وانما يأتي النص لكي يستبعد اي شك او جدل في هذا الخصوص .

وتعترض الفقرة الثانية من النص ان مالك الشيء هو حارسه . حيث يعتبر مالك اشيء هو في الاصل الحارس . وهذا افتراض تنهض به القواعد العامة في عبء الاتباء . فالأصل ان مالك الشيء هو الحارس . وعلى من يدعي خلاف ذلك ان يثبت ما يدعيه . فاذا وقع الضرر الدعوى على المالك فلا يكون عليه ان يثبت ان المالك هو الحارس ، اذ يقوم هذا الافتراض لصالحه ، بل يكون على المالك ان يثبت انه لم يكن هو الحارس وقت وقوع الضرر فيتخلص من المسؤولية .

وتقرر الفقرة الثالثة من النص حكماً خاصاً بحراسة الحيوان كان وارداً في التقنين الحالي في المادة ١٧٦ ، واقتضت صياغة النصوص اضافته الى النص الذي يعرف الحارس ويحدد مناهل الحراسة .

## ( المادة ١٨١ )

يجوز لمن كان مهتداً بضرر يصيبه من شيء في حراسة آخر ان يطالب مالك هذا الشيء ، أو حارسه باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لمنع الضرر ، فان لم يقم المالك أو الحارس بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على نفقته .

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من التقنين الحالي التي تنص على انه « يجوز لمن كان مهتداً بضرر يصيبه من

والنص المقترح تقابله المادة ١/٢٤٤٣ و ٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - كل من يتولى حراسة شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء ، ما لم يثبت ان هذا الضرر قد وقع بسبب اجنبى من قوة ماهرة او حادث تجاني او فعل الضرر او فعل الغير .

٢ - ونعتبر من الاشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها : السيارات والطائرات وغيرها من المركبات الاخرى والآلات الميكانيكية والسفن ، والاسلحة والاسلاك والمعدات الكهربائية . والحيوانات ، والمباني ، وكل شيء آخر يكون ، بحسب طبيعته أو بحسب وضعه ، مما يعرض للخطر .

وتقابله المواد ٢٢١ - ٢٢٦ و ١/٢٢٩ و ٢٢١ من التقنين العراقي وتقابله المواد ٢٨٩ و ١/٢٩٠ و ٢٩١ من التقنين الأردني .

ويلاحظ ان المسؤولية في حكم النص المنروح نقرها قاعدة موضوعية . بهـنى ان القاعده الوارده في هذا النص تقرر حكماً موضوعياً وليست قاعدة اثبات . ومن ثم فهي لا تتضمن قرينة قانونية على خطأ الحارس . وما يقال من انها تشتمل على قرينة فاطمة لا تقبل اثبات العكس قول ليس له معنى قانوني . فهو ليس الا تعبيراً غير سليم عن قاعدة موضوعية . ذلك ان فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها . اذ الدليل لا بد ان يقبل اثبات العكس ، فاذا امتنع هذا الاثبات اصبحنا بتعدد قاعدة موضوعية حقيقتية .

كما ان هذه المسؤولية تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي . فهي مسؤولية اساسها الضرر وليس الخطأ ، وبذلك توفر حماية للضرر انشر من تلك التي توفرها النصوص المطالبة في التقنين العراقي والتقنين الأردني .

وينبغي على ذلك انه اذا توفرت شروط هذه المسؤولية . واهمها - يكون الضرر قد وقع للغير بفعل الشيء بأن يكون اشيء قد تدخل تدخل اجابياً كان هو السبب في احداث الضرر . فان هذه المسؤولية تحقق دون ان يكون في وسع الحارس ان يردأها عن نفسه بآية وسيلة . اذ لاتصح مناقضة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها .

وما يقال من ان الحارس يستطيع ان يدفع مسؤوليته بنفسه علامه السببية بين فعل اشيء والضرر الذي وقع ، وذلك باثبات ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبى قول بعوزه الدقة . اذ ان مسؤولية الحارس لا تقوم الا اذا ثبت ان ضرراً أصاب الغير بفعل اشيء بالمعنى الذي تقدم ذكره ، فاذا لم يثبت ذلك فان مسؤولية الحارس لا تتحقق لعدم توفر الشروط اللازمة لقيامها .

ولهذا أغفلنا في النص المقترح العبارة الأخيرة في نص المادة ١٨٦ ومعن المادة ١٧٨ من التقنين الحالي التي تقول « ما لم يثبت الحارس ان وقوع الحادث ( أو الضرر ) كان بسبب اجنبى لا بد له فيه » .

وفيما هذه المسؤولية على فكرة التضامن أو التكافل الاجتماعي ، باعتبار ان اساسها الضرر وليس الخطأ ، يجعلها متفقة مع القاعدة الشرعية التي تدعو الى التكافل الاجتماعي ( انظر ٨٧ و ٨٨ و ٩٢٦ و ٩٢٩ و ٩٣١ من المجلة ) .

للمراقبة . وكما في حالة مسئولية المنبوع حيث له ان يرجع بما دفعه على اتابع . والتعديل المقترح يوضح ذلك ، لان المصنف بالرمابة لا يعتبر شريكا للمسؤول بالرمابة في احداث الضرر ، ولذلك المنبوع لا يعتبر شريكا للتابع .

#### ( مادة ١٨٢ )

يقدر القاضي التعويض بقدر ما لحق الضرر من ضرر وما فاتته من كسب . مراعى في ذلك الظروف الملازمة . وبشرط ان يكون ما اصاب المضرور نتيجة طبيعية للفعل الفاسد . فاذا لم يتيسر له ان يعين مقدار التعويض تعيينا نهائيا . فله ان يحتفظ للمضرور بالحق في ان يسأل خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير .

هذه المادة تقابل المادة ١٧٠ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لاحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مراعى في ذلك الظروف الملازمة . فان لم يتيسر له وقت الحكم ان يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا . فله ان يحتفظ للمضرور بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير » .

وجاء في الفقرة الاولى من المادة ٢٢١ من هذا التقنين ان «تعويض يشمل مالحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول » .

اما المادة ٢٢٢ من هذا التقنين فتتناول التعويض عن الضرر لادبي الذي تنص عليه المادة التالية في المشروع المقترح .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « ١ - تدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ٢٠ - ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز ان يشتمل الضمان على الاجر » .

وكذلك المادة ٢٠٨ من هذا التقنين التي تنص على انه « اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديدا كافيا فلها ان تحتفظ للمضرور بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة باعادة النظر في التقدير » .

وتقابل المادة ٢٦٦ من التقنين الاردني التي تطابق الفقرة الاولى من المادة ٢٠٧ من التقنين العراقي . وكذلك المادة ٢٦٨ من هذا التقنين التي تطابق المادة ٢٠٨ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٢٢٠ من مشروع التقنين الكويتي ، التي تنص على ما يأتي : « ١ - يحدد الضرر الذي يلتزم المسؤول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات ، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع » .

البناء ان يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يحم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه » .

والنص المقترح يعمم الحكم الوارد في نص التقنين الحالي في خصوص مسئولية مالك البناء . بحيث يشمل الحكم جميع الاشياء التي تهدد الغير بضرر ، اذ لا مسوغ لان يخص الشارع حارس البناء بهذا الحكم وحده في حين ان حيوان يمنح ان يهدد الغير بانضرار ، وكذلك بعض الاشياء غير الحية بالممرعات وغيرها .

وعند الحكم وقائي . اريد به ان يواجه حاله يكون الشخص فيها مهددا بضرر يصيبه من شيء في حراسه احر . فيجوز ان يهدده الضرر ان يضرب اصاب باحد ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، كما يجوز له ان يطالب بذلك الحارس اذا لم يكن هو المالك . ويجوز له في حاله عدم قيام المالك او الحارس بالتدابير اللازمة رغم المطالبة ان يحصل على اذن من المحكمة في ايجاد هذه التدابير على نفسه المالك او الحارس .

والمادة المقترحة تطابق في حكامها المادة ١/٢٤٤ و ٢ من التقنين الكويتي .

#### الفصل الثالث

#### احكام عامة

#### ( مادة ١٨٢ )

١ - اذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار . كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر .

٢ - ويكون المسئولية فيما بين الشركاء في ارتكاب الفعل الضار بالتساوي ، الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض .

هذه المادة تقابل المادة ١٦٦ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . ويكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الاتيان :

اولا - افردت فقرة اولي بمرور تضامن بين المسؤولين عن الفعل الضار ، لان حكمها عام يشمل كل مسئول : سواء كان مسئولا عن فعله الشخصي او عن فعل الغير او عن الاشياء .

ثانيا - افردت فقرة ثانية لبيان توزيع المسئولية بين من اشتركوا بفعلهم الشخصي في ارتكاب الفعل الضار . وافترض هذا ان تستبدل عبارة « فيما بين الشركاء في ارتكاب الفعل الضار » بعبارة « فيما بينهم » . فهذا تعديل في نص التقنين الحالي قصد به ايضاح ان المسئولية لا تكون بالتساوي الا اذا كان كل مسئول قد اسهم بفعله الشخصي في ارتكاب الفعل الضار .

اما اذا تعدد المسؤولون ، وكان أحدهم مسئولا عن فعله الشخصي والآخر مسئولا عن فعل الغير ، فان المسئولية لا توزع بالتساوي ، اذ قد يتحمل شخص واحد فقط عبء التعويض كله ، كما في حالة مسئولية الكلف بالمراقبة حيث له ان يرجع بما دفعه على الخاضع

ثالثاً - افردت فقرة ثالثة لحالة التعويض عما يصيب الشخص من الم من جراء موت المصاب .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك . فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المنعدي مسئولاً عن التعويض .

٢ - ويجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب .

٣ - ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي .

وتقابل المادة ٢٦٧ من التقنين الاردني الذي تطابق المادة ٢٠٥ من التقنين العراقي المذكور .

وتطابق في حكمها المادة ٢٣١ من التقنين الكويتي .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقاً للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الاسلامي والتي تنفي بأن الضرر يزال ( م ٢٠ من المجلة ) . وأن الضرر يدفع بقدر الامكان ( م ٣١ من المجلة ) .

#### ( مادة ١٨٥ )

١ - يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسطاً ، كما يصح أن يكون ابراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بأن يقدم تأميناً .

٢ - ويقدر التعويض بالنقد . على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر باعادة الحال الى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء امر معين متصل بالفعل الضار ، وذلك على سبيل التعويض .

هذه المادة تطابق المادة ١٧١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٠٩ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٢٦٩ من التقنين الاردني .

وتقابل المادة ٢٤٦ من التقنين الكويتي .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقاً للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الاسلامي والتي تنفي بأن الضرر يزال ( م ٢٠ من المجلة ) . وأن الضرر يدفع بقدر الامكان ( م ٣١ من المجلة ) .

٢ - وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، اذا لم يكن في المقدور نفاذها ببذل الجهد المعقول الذي تعتضيه ظروف الحال من الشخص العادي .

وكذلك المادة ٢٤٧ من هذا التقنين .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقاً للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الاسلامي والتي تنفي بأن الضرر يزال ( م ٢٠ من المجلة ) ، وأن الضرر يدفع بقدر الامكان ( م ٣١ من المجلة ) .

#### ( مادة ١٨٤ )

١ - يشمل التعويض الضرر الادبي كذلك . فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي ، يوجب مسؤولية المتعد عن التعويض .

٢ - وينتقل الحق في التعويض الى الورثة ، ما لم يثبت نزول المضرور عنه ، ولكن لا تجوز حوالة الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء .

٣ - ولا يجوز أن يقضى بالتعويض عما يصيب الشخص من الم من جراء موت المصاب الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية .

هذه المادة تقابل المادة ٢٢٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يشمل التعويض الضرر الادبي ايضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء .

٢ - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من الم من جراء موت المصاب .

وتختلف المادة المقترحة عن نص التقنين الحالي من الوجوه الآتية :

أولاً - اضيفت في الفقرة الاولى اهم صور الضرر الادبي .

ثانياً - افردت الفقرة الثانية لحكم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي الى الغير . وهو يختلف عن حكم النص الحالي في أن انتقال الحق في التعويض الى الورثة لا يتوقف وفقاً للنص المقترح على تحديده بالاتفاق أو رفع الدعوى كما جاء في النص الحالي ، وإنما يتوقف على عدم نزول المضرور عنه . أما حوالة الحق فيه فتتوقف على تقديره بمقتضى اتفاق أو مطالبة الدائن به أمام القضاء .



المضروب لخسارة تحمل به أو كسب بفوته بسبب عجز عن العمل مثلا ،  
فيحق له أن يطالب بالتعويض عن هذه الاضرار الأخرى فضلا عما  
يستحقه من دية أو ارض .

( مادة ١٨٩ )

يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل  
الضار .

هذه المادة تطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الاردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٥٤ من التقنين الكويتي .

وما جاء في المادة المقترحة يتفق مع القاعدة الشرعية التي تفضي بأن  
ينحل الانسان وزر عمله . وقد جاء في الآية الكريمة : « كل نفس  
بما كسبت رهينة » .

( مادة ١٩٠ )

١ - لانسمع دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء  
ثلاثة سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضروب بحدوث الضرر وبالشخص  
المسئول عنه . ولا تسمع هذه الدعوى في جميع الاحوال بانقضاء  
خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار .

٢ - على انه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت  
الدعوى الجزائية ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة في  
الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا يمنع سماعها الا بافتتاح سماع  
الدعوى الجزائية .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٧٢ من التقنين الحالي التي تنص  
على ما يأتي :

١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير  
المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضروب بحدوث  
الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى في كل حال ،  
بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .

٢ - على انه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت  
الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة  
السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية .

وقد استبدل في هذه المادة تمبر ، عدم سماع الدعوى ، بتمبير  
سقوط الدعوى ، مع تعديلات لفظية أخرى .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٧٢ من التقنين الاردني

وتطابق في حكمها المادة ٢٥٣ من التقنين الكويتي .

والفقرة الاولى منها تطابق في حكمها المادة ٢٣٢ من التقنين العراقي .

( مادة ١٨٦ )

يجوز للقاضي ان ينقص مقدار التعويض أو الا يحكم بتعويض ما اذا  
كان المضروب قد اشترك بلعله في احداث الضرر أو زاد فيه .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢١٦ من التقنين الحالي التي تنص  
على انه «يجوز للقاضي ان ينقص مقدار التعويض أو الا يحكم بتعويض  
ما اذا كان والدان بخطة قد اشترك في احداث الضرر أو زاد فيه » .  
وتطابق المادة ٢٦٤ من التقنين الاردني .

وتقابل المادة ٢١٠ من التقنين العراقي التي تنص على انه « يجوز  
للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض أو الا تحكم بتعويض ما اذا كان  
المتضرر قد اشترك بخطة في احداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد ساء  
مركز المدين » .

وتقابل المادة ٢٣٤ من التقنين الكويتي .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقا للقاعدة الشرعية التي يقول  
بها الفقه الاسلامي والتي تقضي بأن الضرر يزال ( م ٢٠ من المجلة ) وان  
الضرر يدفع بفرد الامكان ( م ٣١ من المجلة ) .

( مادة ١٨٧ )

تسرى على المسائل المتعلقة بالدية والارض القواعد الواردة في هذا  
النسب في القانون الجزائي .

هذه المادة مستحدثة .

والدية . وكذلك الارش وهو جزء من الدية ، عقوبة مالية . وهي  
تكون مقدرة في حالة القتل وفي حالة الجنابة ( الجريمة )  
على مادون النفس على عضو تمكن فيه المائلة . وتكون غير مقدرة ، حيث  
يتبرك تقديرها للقاضي ، في حالة الجنابة على مادون النفس على ما لا  
تمكن فيه المائلة . ويتحقق ذلك بالنسبة الى اكثر الجراح والشجاج  
واكثر ضروب الاذى .

ونظرا الى كون الدية أو الارش عقوبة مالية ، وليست صمنا أي  
تعويضا مدنيا ، فان النص المقترح يجعل في شأنهما الى  
القانون الجزائي .

( مادة ١٨٨ )

يجوز للمضروب ، فوق ما يجب له في حالتي الدية والارش ، ان  
يطالب بالتعويض عن أي ضرر آخر يلحق به .

هذه المادة مستحدثة

وحكمها ملحوظ فيه أن الدية أو الارش إنما هي مقابل لتلف النفس  
أو فقد العضو أو غير ذلك من ضروب الاذى . وهناك اضرار أخرى تلحق

## الفصل الرابع

### الانراء بلا سبب

#### الفرع الأول

#### القاعدة العامة

( مادة ١٩١ )

كل شخص . ولو غير مميز . يجرى دون سبب شرعي على حساب شخص آخر . ما لم يثبت في «لورد» ما يبرر به تهريض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الانراء فيما بعد .

هذه المادة تطابق المادة ١٧٩ من التقنين الحالي مع ابدال لفظ «نرمي» بلفظ «مشروع» .

وتطابق في حكمها المادة ٢٤٣ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٢٦٢ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادتين ٢٩٣ و ٢٩٤ من التقنين الأردني .

والقاعدة التي يقرها المادة المقترحة تستند الى الحديث الشريف : « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا » . وكذلك الحديث الشريف : « على اليد ما أخذت حتى تؤدبه » ( الشوكاني ) . نيل الأوطار ج ٦ ص ٤٠ و ( ٦٢ ) .

وقد نصت المادة ٩٧ من المحلة في هذا المعنى على أنه « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » .

#### الفرع الثاني

#### دفع غير المستحق

( مادة ١٩٢ )

١ - كل من قبض ما ليس مستحقا له وجب عليه رده .

٢ - على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالدفع يعلم أنه غير ملزم بما دفعه . إلا أن يكون ناقص الأهلية . أو يكون له أكره على هذا الدفع . أو يكون الدين الذي دفعه باطلا بخلافته النظام العام أو الآداب .

هذه المادة تقابل المادة ١٨١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده .

٢ - على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه . إلا أن يكون ناقص الأهلية . أو يكون قد أكره على هذا الوفاء .

وقد انحلت على هذه المادة تعديلات عدة على النحو الوارد في النص المترح . نوحيا لدفعه . كما صيغت العبارة الأخيرة في نهاية المقترح السابقة على يقول : « أو يكون الدين الذي دفعه باطلا بخلافته النظام العام أو الآداب » . والفرس من هذه الاضافة احازة استرداد الدين الباطل شأنه للنظام العام أو الآداب . لأن عدم الوفاء بهذا السبب لا يمكن اعتباره منظوريا على ازالة صحيحة بالتبرع بالمؤفى به . إذ أن مخالفة سبب الدين للنظام العام أو الآداب كما تبطل كذلك قصد التبرع به .

والفقرة الأولى من اعادة المقترحة تطابق في حكمها الفقرة الأولى من المادة ٢٤٣ من التقنين العراقي التي تنص على أن « من دفع شيئا ظانا « واجب عليه فحين عدم وجوبه له الرجوع به على من قبضه بغير حق » .

وتطابق في حكمها المادة ١٩٦ من الفقه الأردني التي تنص على أن « من أدى شيئا ظانا أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه له استرداده ممن قبضه إذا كان قائما ومثله أو قيمته ان لم يكن قائما » .

وتطابق في حكمها المادة ٢٦٤ من الفقه الكويتي التي تنص على أن « كل من تسلم ما ليس مستحقا له . ألزم برده » .

أما الفقرة الثانية من اعادة المترح فمماول تفصيلات تتعلق بطلان الحكم الوارد في الفقرة الأولى . وذلك في حالة علم المؤدى بأنه غير ملزم بما دفعه .

والقاعدة التي تضمنتها الفقرة الأولى من المادة المقترحة ليست الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة في المادة السابقة . ومن ثم تستند الى الحديث الشريفين اللذين تقدم ذكرهما . وقد نصت المادة ٩٧ من المحلة في هذا المعنى على أنه « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي » . ونصت المادة ٢٠٧ من مرسوم الجرائم على أنه « من دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه فحين عدم وجوبه له الرجوع به على من قبضه منه بغير حق » .

وحيثما يذكر أن الفقه الاسلامي يجد في دفع غير المستحق مصدرا للالتزام على نطاق واسع . ولو أن شخصا ظن أن عليه ديناً فبان خلافه رجع بما أدى ( الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٩٤ ) ومن دفع شيئا لغيره وجب عليه رده استرداده الا اذا دفعه على وجه الهبة ( شرح الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٩٤ ) . دفع رشوة له . ان يسترددها لأن المقصد الذي دفع به الرشوة باطل ( مجمع الضمانات ص ٤٥٨ ) . ومن عجل له مال بالدين قبل حلول الأجل استرددها ما قبل الأجل ( مجمع الضمانات ص ٤٥٩ ) .

( انظر في هذا : عبد الرزاق السنهوري . مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٥٨ و ٥٩ ) .

ويوضح من هذا أنه من أن العبارة التي أصبحت الى الفقرة الخامسة من النص المقترح . وهي التي تقضي بأن المؤدى بحق له أن يسترد اذا كان الدين الذي دفعه باطلا بخلافته النظام العام أو الآداب . لها مصداق من الفقه الاسلامي الذي يرى أن من دفع رشوة له أن يسترددها لأن المقصد

٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء، المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً ألزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل .

وتقابل المادة ٢٩٨ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : يصبح كذلك استرداد ما دفع وفاء لدين لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل .

وتقابل المادة ٢٦٥ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله . وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل . جاز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر .

وقد رأينا فيما تقدم أن الفقه الاسلامي يذهب الى أن من عجل الوفاء بالمدين قبل حلول الأجل استرد ما يقابل الأجل . وقد جاء في مجمع الصلوات ان المراجعة التي لم تسحق ودفعت تسترد . كما اذا فسخ المدين الدين المؤجل قبل حلول الأجل . أو مات فآخذ من تركته . بجواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المراجعة التي جرت المراجعة بينهما الا بقدر ما بقي من الأيام . ولو أخذ المرفس المراجعة قبل مضي الأجل، للمدين أن يرجع منها بحصة ما بقي من الأيام ( مجمع الضمانات ص ٤٥٩ ) عبد الرزق السنهوري . مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٥٨ و ٥٩ .

وينتج من هذا أن الحكم الوارد في المادة المقترحة له سند من الفقه الاسلامي .

#### ( مادة ١٩٥ )

لامحل لاسترداد غير المسحق اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن . وهو حسن النية . قد تجرد من سنده الدين . أو مما حصل عليه من التأمينات . أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي المدة المحددة بمساءلها . ولن أوفى ان يرجع الى المدين الحقيقي بالدائن ان كان له مقتضى .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٨٤ من التقنين الحالي التي تنص على أنه : لا محل لاسترداد غير المسحق اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن . وهو حسن النية . قد تجرد من سنده الدين . أو مما حصل عليه من التأمينات . أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تستقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات إعلية على النحو الوارد في النص المقترح .

المادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٩٩ من التقنين الأردني . وتطابق في حكمها المادة ٢٦٦ من التقنين الكويتي .

الذي دفع به الرشوة باطل ( مجمع الضمانات ص ٤٥٨ ) . كما ينتج أن ما جاء في هذه الفقرة من أن الموفى لا يسرد اذا كان يعلم أنه غير ملزم بما دونه له سنده أيضاً من هذا المنه . لأن ما دفعه يكون على وجه الهبة ( شرح الأشياء والنظائر غير عيون البصائر ) ج ١ ص ١٩٤ ) . أما جواز الاسترداد بمضى هذه الفقرة في حالتها نصن الأهمية والاكراه . رغم علم الموفى بأنه غير ملزم بما دفعه فيرجع الى عدم صحة الوفاء .

#### ( مادة ١٩٣ )

يصح استرداد غير المسحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سنده . أو لا التزام زال سنده . أن تحقق .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الأردني .

وقد نصت المادة ٧٢ من المجبة في معنى الحكم الوارد في هذه المادة على ما يأتي : « لاعتبرة بالظن البين خطؤه . مثلاً اذا دفع التكفل الدين وكان الاصيل قد أداء أو أبرأه الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع » .

#### ( مادة ١٩٤ )

يصح كذلك استرداد ما دفع وفاء . لا التزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل . على أنه يجوز للدائن في هذه الحالة أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر .

هذه المادة تعادل المادة ١٨٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يصبح كذلك استرداد غير المسحق . اذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل .

٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً . ألزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بما استفاده القانوني أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل .

وقد احتفظ في النص المقترح بحكم هذه المادة مع اعمال التطبيق المنصوص عليه في الجزء الأخير من الفقرة الثانية لجبا لما يثير فكرة الربا .

والساده المقترحة تعادل المادة ٢٣٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا وفى المدين الرأسا لم يحل أجله طاماً انه قد حل فله استرداد ما دفع .

## ( مادة ١٩٦ )

١ - إذا كان من قبض غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم إلا برد ما قبضه . أما إذا كان سيء النية ، فإنه يلتزم كذلك برد الثمار التي جناها أو التي قصر في جنيها . وذلك من يوم القبض أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية .

٢ - وعلى أي حال يلتزم من قبض غير المستحق برد الثمار من يوم رفع الدعوى .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٨٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم .

٢ - أما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التي جناها أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق . وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية .

٣ - وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والتميرات من يوم رفع الدعوى .

وقد أدمجت الفقرة الثانية من هذه المادة في الفقرة الأولى ، كما أدخلت عليها تعديلات لفظية على النحو الوارد في المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٦٧ من التقنين الكويتي . وتقابل المادة ٢٤٤ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - من دفع شيئا طائفا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق .

٢ - وإذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم أو بعده فإنه يلزم أيضا برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية . وفي كل الأحوال يلزم برد ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى . ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيء النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير عمد منه .

وتقابل المادة ٣٠٠ من التقنين الأردني التي نقول : « على المحكمة أن تلزم من قبض شيئا بغير حق أن يرده إلى صاحبه ولها علاوة على ذلك أن تأمر برد ما حناه القابض من مكاسب أو منافع ولها أيضا أن تعرض صاحب الحق لفاء ما قصر القابض في جنيته » .

## ( مادة ١٩٧ )

إذا كان من قبض غير المستحق ناقص الأهلية ، فلا يلتزم برد ما قبضه إلا بالقدر الذي أثرى به على وجه شرعي .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ١٨٦ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذي أثرى به » .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد في النص المقترح .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الأهلية فلا يكون ملتزما إلا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية » .

وبطابق في حكمها المادة ٢٦٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما بالرد إلا في حدود ما عاود عليه من نفع معتبرا قانونا » .

وقد أريد من الحكم الوارد في النص المقترح حماية ناقص الأهلية وبذهب الفقه الإسلامي إلى أنه إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية فلا يكون العقد صحيحا ، ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى ( مجمع الصمامات ص ٤٨٨ م ٢١٨ من مرشد الحيران . عبد الرزاق السنهوري . مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ١ ص ٦٠ ) .

## الفرع الثالث

## الفضالة

## ( مادة ١٩٨ )

الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملتزما بذلك .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٨ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٢٦٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٠١ من التقنين الأردني التي تنص على أن « من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن أذنت به المحكمة أو أوجبته ضرورة أو قضى به عرف فإنه يعتبر تائبا وتسرى عليه الأحكام التالية » .

وفي الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي قد تستوجب الضرورة الولاية دفعا للضرر ويقررها الشارع بناء على ذلك ( راجع مجمع الضمانات ص ٢٨٦ . وانظر التطبيقات المذكورة تحت المادة التالية ) .

وقد نصت المادة ١١٢ من المجلة على أن « الفضولي هو من يتصرف بحق الغير دون إذن شرعي » .

كما نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني في المادة ١٦٠ في هذا الصدد على ما يأتي : « على أنه لا يمكن الاحتجاج بمخالفة مشيئة رب المال اذا كانت الضرورة الماسة قد اضطرت الفضولي : ١ - الى القيام بموجب على رب المال ناشئ عن القانون تستوجب المصلحة العامة القيام به - ٢ - الى القيام بموجب قانوني يختص بتقديم الطمسام أو نفقات ماتم أو غير ذلك من النفقات الضرورية » .

والمادة المقترحة يقف من ورائها واجب خلقى يفرضه الشرع بصرف النظر عن ارادة رب العمل . حيث ينطبق حكمها في حالتين استثنائيتين يعتبر الشخص فيهما نصوليا بالرغم من أن رب العمل قد نهاء عن التدخل في شئونه :

الحالة الأولى : اذا اراد الشخص يتدخله أن يقوم بالتزام فرضه القانون على رب العمل لسد حاجة ملحة كتقديم نفقة أو تجهيز ميت .

والحالة الثانية : اذا اراد الشخص يتدخله أن يقوم بالتزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بإدائه مصلحة عامة . كان يكون هناك بناء آيل الى السقوط بحيث يهدد السكان والمارة بحظر التهدم ، فيطلب شخص من مالكة أو حارسة أن يرمه أو يسمح له بالقيام بهذا الترميم ، فيرفض المالك أو الحارس وينهى الشخص عن القيام بالترميم . إذ في هذه الحالة تتحقق الفضالة اذا قام الشخص بالترميم ورغم هذا النهي ، لأن القانون يفرض واجب الترميم وتقضى المصلحة العامة بالقيام به . ويلاحظ ان الحكم في هذا المثل عام ، بحيث يشمل من هو مهدد ، يضرر يصيبه من تهدم البناء كما يشمل غيره . فقد تقدم انه يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من شيء في حراسة آخر أن يطالب مالك هذا الشيء أو حارسة باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك أو الحارس بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على نفقته ( م ١٨١ من المشروع ) . أما في المثل المذكور فقد يكون الفضولي شخصا لا يتهدهد خطر من تهدم البناء .

#### ( مادة ٢٠١ )

تسرى قواعد الوكالة اذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٠٢ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٢٠٢ )

يجب على الفضولي ان ينفذ في العمل الذي بناء الى ان يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، كما يجب عليه ان يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك .

#### ( مادة ١٩٩ )

تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي ، في اثنا توليه شأنا لنفسه ، قد تولى شأن غيره لما بين الشانين من ارتباط لا يمكن معه القسام باحدهما منفصلا عن الآخر .

هذه المادة تطابق المادة ١٨٩ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ من التقنين الكويتي .  
ولحكمها تطبيقات عديدة في الفقه الاسلامي :

فقد نصت المادة ١٣١٠ من المجلد على انه : « اذا احتاج الملك المشترك الى التعمير واحد الشريكين غائب وأراد الآخر التعمير فانه يستأذن الحاكم ويصير اذن الحاكم قائما مقام اذن الغائب صاحب الحصة يعنى ان تعمر صاحب الحصة الحاضر الملك المشترك باذن الحاكم هو في حكم اخذه الاذن من شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من العرف » .

واذا رهن الأب مال الصبي بدين نفسه وأدرك الولد والرهن قائم عند المرحوم فلو قضى الولد دين أبيه وأمتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لانه مضطر الى قضاء الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الأب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى ( الكاساني ج ٦ ص ٧٣ - ١٢٦ ) .

ومن وجد الفضالة وافق عليها بأمر العاصي يكون ديناً على مالكها واذا انفق بغير اذن القاضي يكون متبرعا ( الكاساني ج ٦ ص ٢٠٣ ) .  
( راجع مجمع الضمانات ، ص ٤٤٨ - ٤٥٠ ) .

#### ( مادة ٢٠٠ )

تتحقق الفضالة كذلك ولو كان تدخل الفضولي في شئون غيره مخالفا لارادة هذا الغير ، اذا كان ذلك التدخل تنفيذا لالتزام فرضه القانون ودعت اليه حاجة ملحة او قضت بإدائه مصلحة عامة .

هذه المادة مستحدثة

وقد كانت العمرة الثانية من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالي بعد تعديلها في لجنة المراجعة تنص في هذا الصدد على ما يأتي : « وكذلك تطبق قواعد الانراء بلا سبب اذا تدخل شخص في شأن لغيره مخالفا بذلك ارادة هذا الغير معروفة كانت هذه الارادة أو مفترضة . ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة ولا يعتد بهذه الارادة المخالفة اذا كان المراد من التدخل سد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بإدائه مصلحة عامة كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز ميت » . وكما حذف في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ لانها تعرض لتفصيلات تفنى عنها القواعد العامة .

## ( مادة ٢٠٦ )

يعتبر الفضولي نائباً عن رب العدل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي . ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ المجهودات التي عقدها الفضولي لحسابه . وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها . وأن يرد له النفقات الضرورية . والنافعة التي سوغتها الظروف . وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولي اجرا على عمله الا أن يكون من أعمال مهنته .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٥ من التقنين الحالي . مع حذف عبارة « مضافاً إليها فوائد» من يوم دفعها . التي جاءت في النص الحالي بعد عبارة . وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف .

وتطابق المادة ٢٧٦ من التقنين الكويتي . وتقابل المادة ٣٠٧ من المصين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« على رب العمل أن ينفذ المجهودات التي عقدها الفضولي لحسابه . وأن يعرضه عن المجهودات التي التزم بها . وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف . وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولي اجرا عن عمله الا أن يكون من أعمال مهنته . »

وبلاحظ أن المصين الأردني في المادة ٣٠١ منه يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل .

## ( مادة ٢٠٧ )

١ - إذا لم تنوافر في الفضولي أهلية التعاقد . فلا يكون مسئولاً عن إدارته . الا بالنظر إلى مدى ضرره . لا لم تكن مسؤوليته ناشئة عن فعل ضار .

٢ - إذا رب العدل فتبقى مسؤوليته كاملة . ولو لم تنوافر فيه أهلية التعاقد .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٦ من التقنين الحالي .

والفترة الأولى منها تطابق المادة ٢٧٧ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٢٠٨ )

١ - إذا مات الفضولي . التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل عند انتهاء الوكالة بموت الوكيل .

٢ - وإذا مات رب العمل . بقي الفضولي ملزماً نحو الورثة بما كان ملزماً به نحو موثقتهم .

هذه المادة تطابق المادة ١٩١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٠٣ من المصين الأردني .

وتطابق المادة ٢٧١ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٢٠٣ )

يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بعمله عناية الشخص العادي . ويكون مسئولاً عن فعله الضار . ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الفعل الضار إذا كانت الظروف تبرر ذلك .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ١٩٢ من التقنين الحالي مع استبدال عبارة « الفعل الضار » بلفظ « الخطأ » تمشياً مع الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن العمل غير المشروع .

وتطابق المادة ٢٧٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يلي :  
حكمها المادة ١٩٢ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٣٠٤ من التقنين الأردني التي تنص على أن « الفضولي مسئول عما يلحق رب العمل من أضرار والمحكمة تحدد المبالغ إذا كانت الظروف تبرر ذلك » .

## ( مادة ٢٠٤ )

١ - إذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو بعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه . دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب .

٢ - وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد . كانوا متضامنين في المسؤولية .

هذه المادة تطابق الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٩٢ من التقنين الحالي .

والفترة الأولى منها تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٧٣ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٢٠٥ )

يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة . وتقديم حساب عما قام به .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٠٦ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٧٤ من التقنين الكويتي .

## الباب الثاني

## آثار الالتزام

## الفصل الأول

## احكام عامة

## ( مادة ٢١١ )

١ - ينقل الالتزام جبرا على المدين .

٢ - ومع ذلك ، اذا كان الالتزام طبيعيا ، الا جبر في تنفيذه .

هذه المادة تطابق المادة ١٩٩ من التقنين الحال .

وتطابق المادة ٢٨٠ من مشروع التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣١٣ من التقنين الاردني التي تنص على

ما يأتي : « ١ - ينفذ الحق جبرا على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية » - ٢ - فاذا افتقد الحق حماية القانون لاي سبب فلا جبر في تنفيذه ويصبح حقا طبيعيا يجب في ذمة المدين » .

والفترة الأولى من المادة المقترحة تتناول الالتزام الكامل الذي يوافر فيه عنصر المديونية وعصر المسؤولية ، ويقال له التزام مدني ، حيث يمد جبرا على المدين .

أما الفترة الثانية فتتناول الالتزام الطبيعي ، وهو الذي يتوافر فيه عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية ، فلا يكون هناك ثمة جبر في تنفيذه .

وهذا التمييز بين الالتزام المدني والالتزام الطبيعي يقابله في الفقه الاسلامي التمييز بين الواجب قضاء والواجب ديانة . فالالتزام المدني أو الواجب قضاء يجبر المدين على تنفيذه . والالتزام الطبيعي أو الواجب ديانة لا جبر في تنفيذه .

والالتزام الطبيعي واجب أدبي أو أخلاقي يرتفع به القانون عن مستوى الواجب الأدبي المجرد ، فيرتب عليه بعض الآثار القانونية . وبذلك يعبره من الالتزام المدني . وهو يقتصر على التزامات كانت في أصلها التزامات مدنية ثم أصبحت التزامات طبيعية لوجود مانع من المطالبة كما في حالة تقادم الدين . بل يشمل كذلك التزامات كانت في أصلها مجرد واجبات أدبية ثم أصبحت التزامات طبيعية . كتمويض شخص عن ضرر غير مباشر لا يجب التمييز عنه قانونا أو الاتفاق على قريب معوز لا تجب نفقته قانونا . وعلى هذا النحو يمتد نطاق الالتزامات الطبيعية الى كل التزام يوجبه الضمير ، وهذا هو نطاق الواجب الأدبي

هذه المادة تطابق المادة ١٩٢ من التقنين الحال مع تعديلات لفظية في الفقرة الأولى .

وتطابق المادة ٣٠٨ من المسمى الاردني .

وتطابق في حكمها المادة ٢٧٥ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٢٠٩ )

لا تسمع دعوى الاثراء بلا سبب في جميع الاحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع . وعلى كل حال لا تسمع الدعوى بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه هذا الحق .

هذه المادة تطابق في حكمها مواد ١٨٠ و ١٨٧ و ١٩٧ من المسمى الحال . حيث روى افراد مادة واحدة لجميع الحالات التي لا تسمع فيها دعوى الاثراء بلا سبب . سواء أسست الدعوى على القاعدة العامة في الاثراء بلا سبب ، أو على دفع غير المستحق ، أو على الفسالة .

وهي تطابق المادة ٣١١ من المسمى الاردني .

وتطابق في حكمها المادتين ٢٦٣ و ٢٧٨ من التقنين الكويتي .

## الفصل الخامس

## العانون

## ( مادة ٢١٠ )

الالتزامات التي يترتبها اعانون على وقائع اخرى ، غير العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب . تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ١٩٨ من التقنين الحال التي تنص على ما يأتي : « الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها » .

وقد عثت صياغة هذه المادة على النحو الوارد في المادة المقترحة لان الصياغة المختارة أدق في دلالة على المعنى المقصود . اذ ان القانون يرتب الالتزامات دائما على وقائع . وهي الصياغة التي اختارها الشارع الكويتي في المادة ٢٧٩ التي تنص على ما يأتي : « الالتزامات التي يترتبها القانون على وقائع اخرى ، غير العقد والارادة المنفردة والعمل الضار والفعل النافع ، تسرى في شأنها النصوص الخاصة بها » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٢٤٥ من التقنين

المرقي احي تطابق المادة ١٩٨ من التقنين المصري الحال .

وتتفق في حكمها مع المادة ٣١٢ من التقنين الاردني التي تطابق المادة ١٩٨ من التقنين المصري الحال .

وفي الشريعة الاسلامية التزامات يترتبها الشرع من هذا القبيل . كالالتزام بالنفقة ، والسرّام الولي والوصي والقيم .

وقد كان القانون الروماني لا يجبر استرداد ما دفع وفاء لا لزوم طبيعى حتى لو اعتقد المدين وقت الوفاء أن استزامه مدنى . وقد سار القانون الايطالى وكذلك المشروع الفرنسى الايطالى ( م ٦١ ) على هذا النهج فاكثفيا بأن يكون الوفاء تلقائيا لا يشوبه تدليس أو اكراه . تم تراجع الفقه الحديث ومعه التقنين الحالى فاشتراطا أن يكون الوفاء عن بينة واختيار فلا يشوبه غلط أو تدليس أو اكراه .

وما احرانا الآن أن نتوسع فى الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى . حيث يمكن أن يتم الوفاء باختيار المدين . فلا يكون للعقل اعتبار فى هذا الشأن .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٢١٤ من التقنين الأردنى الذى نص على أنه : اذا وفى المدين حقا طبيعيا فقد حماية القانون صح وواو ولايمبر وفاء لما لا يجب . وهذا النص يحتمل المعنى الذى يطوى عليه النص المقترح ، وان كانت المذكرة الايضاحية لهذا التقنين تشترط فى الوفاء بالالتزام الطبيعى أن يكون عن بينة بمعنى أن يدرك المدين انه يستجيب بمقتضى الواجب ديانة وأنه غير ملزم قضاء به . وذلك على غرار ما يشترطه التقنين المصرى الحالى .

وتقابل المادة ٢٨٢ من التقنين الكويتى التى تطابق فى حكمها نص التقنين الحالى حيث تقول : « لا يسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا ، ولا يعتبر صتبرعا بما اداه » .

#### ( مادة ٢١٤ )

يصلح الالتزام الطبيعى سببا للالتزام مدنى .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٢ من التقنين الحالى التى تنص على أن « الالتزام الطبيعى يصلح سببا للالتزام مدنى » . حيث يقتصر الاختلاف على تعديل لفظى .

وتطابق المادة ٢٨٣ من التقنين الكويتى .

والنص المقترح يتناول اترا آخر من آثار الالتزام الطبيعى ، وهو أن هذا الالتزام يصلح سببا لانشاء التزام مدنى . فإذا وعد المدين بتنفيذ الالتزام الطبيعى كان هذا الوعد التزاما مدنيا يجبر على تنفيذه .

#### ( مادة ٢١٥ )

يكون اعداد المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، مالم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٢١٦ من التقنين الحالى . وقد نقلت هى والمادة التالية لها من الفصل المتعلق بالتنفيذ بطريق التعويض فى التقنين الحالى الى الأحكام العامة الواردة فى صدر هذا الفصل ، لأن وجوب الاعذار وشكله وبحالات عدم لزومه ليس الأمر فيها مقصورا على التنفيذ بطريق التعويض .

الذى يحوطه الفقه الاسلامى باهتمامه البالغ نزولا على مقتضيات الاخلاق والأداب . ومن الطبيعى أن تقر الشريعة الاسلامية هذا المنحى . وهى الشريعة التى تحض على البر والاحسان والوفاء بما يكون فى الذمة ولو لم يكن فى الوسع اقتضاؤه جبرا .

#### ( مادة ٢١٢ )

يقدر القاضى ، عند علم النص ، ما اذا كان هناك التزام طبيعى . وفى كل حال لا يجوز أن يعوم التزام طبيعى يخالف النظام العام .

هذه المادة تطابق المادة ٢٠٠ من التقنين الحالى . وتطابق فى حكمها المادة ٢٨١ من التقنين الكويتى التى نص على ما يأتى : « يقدر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبى التزاما طبيعيا ، مراعىا فى ذلك الوعى العام فى الجماعة » . وفى كل حال لا يجوز أن يعوم التزام طبيعى يخالف النظام العام .

وقد روى فى حكم النص المقترح أن ولله الانسرام الطبيعى . ان جانب فكرة النظام العام والأداب وفقره التعسف فى استعمال الحق ، يعتبر احدى المناهض التى تدخل منها العوامل الاجتماعية والاقتصادية والحققية الى النظام العادوى فى تلام بينه وبين انشور ابدى يعرض له المجمع فى وقت معين . وفى غير الحالات التى يتدخل فيها الشارع بمقتضى نصوى يأخذ فيها بمقتضيات هذا التطور تقع على عاتق القاضى مهمة تحقيق هذه الملامه . فالقاضى يكاد يكون شارعا فى هذا الشأن . ويمدوما يحطو افاضى فى هذا السبيل بصيق مساهم الحلف بين القانون والاخلاق . وعليه أن يستلهم فى هذا الصدد روح الشريعة ومبادئها فى ينفل من نطاق الاخلاق والأداب الى نطاق الالتزام الطبيعى .

#### ( مادة ٢١٣ )

اذا وفى المدين باختياره التزاما طبيعيا مسح وفاؤه ، فلا يجوز له أن يسترد ما اداه .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠١ من التقنين الحالى التى نص على ما يأتى : « لا يسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا » .

ومقتضى الحكم الوارد فى نص التقنين الحالى أنه لكى يصح الوفاء بالالتزام الطبيعى ، بحيث لا يجوز للمدين أن يسترد ما اداه ، يجب أن يكون هذا الوفاء عن بينة . بمعنى أن يدرك المدين أنه يوفى بالالتزام طبيعى لاجبر عليه فى تنفيذه ، فهو يقوم بهذا الوفاء استجابة لضميره .

وقد روى فى النص المقترح محاولة هذا الحكم الوارد فى التقنين الحالى . فلا يشترط لصحة الوفاء بالالتزام الطبيعى أن يكون المدين على بينة بالمعنى المذكور . وإنما يصح وفاؤه . ولو كان يعتقد أنه يوفى بالالتزام مدنى مجبر على تنفيذه . فما دام أن الاعتبارات الأدبية والخلقية هى التى تقب وراء الالتزام الطبيعى . فيكفى أن يرتفع الالتزام فى وعى الجماعة الى هذه المنزلة ، دون نظر الى وعى الفرد .



٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو اعذر ، اذا أثبت ان الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو انه سلم اليه ، ما لم يكن المدين قد قبل ان يتحمل تبعة الهلاك .

٣ - على ان الشيء المسروق او المنصوب اذا هلك اوضاع باية صورة كانت ، فان تبعة الهلاك تقع على السارق او الفاسب .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٧ من التقنين الحالي . وقد تقلت هذه المادة من الفصل المتعلق بالتنفيذ العيني الى صدر هذا الفصل ، لان حكمها مرتبط بالاعذار ولا شان له بالتنفيذ العيني .

وتنص المادة ٢٠٧ من التقنين الحالي على ما يأتي :

١ - اذا التزم المدين ان ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل ، وتضمن التزامه ان يسلم شيئا ولم يتم بتسليمه بعد ان اعذر ، فان هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن .

٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو اعذر ، اذا أثبت ان الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو انه سلم اليه . ما لم يكن المدين قد قبل ان يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .

٣ - على ان الشيء المسروق اذا هلك اوضاع باية صورة كانت فان تبعة الهلاك تقع على السارق .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

اولا - استبدال عبارة « اذا التزم المدين ان يسلم شيئا ولم يتم بتسليمه بعد ان اعذر » بعبارة « اذا التزم المدين ان ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل ، وتضمن التزامه ان يسلم شيئا ولم يتم بتسليمه بعد ان اعذر » ، لان في العبارة الاولى ما يفنى عن العبارة الواردة في صدر الفقرة الاولى من النص الحالي .

ثانيا - استبدال عبارة « تبعة الهلاك » بعبارة « تبعة الحوادث المفاجئة » الواردة في الفقرة الثانية من المادة .

ثالثا - اضافة التي المنصوب في الفقرة الثالثة . حيث يسرى عليه في هذا الصدد حكم الشيء المسروق .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٢٨٧ من التقنين الكويتي .

## الفصل الثاني

### التنفيذ الجبري

## الفرع الاول

### التنفيذ العيني

## ( مادة ٢١٨ )

١ - يجبر المدين ، بعد اعذاره ، على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا .

وتنص المادة ٢١٩ من التقنين الحالي على ان « يكون اعذار المدين بانذاره ، او بما يقوم مقام الانذار . ويجوز ان يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، كما يجوز ان يكون مترددا على اتفاق يعرض بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى اي اجراء آخر » .

وقد حذفت من نص هذه المادة عبارة « ويجوز ان يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات » ، اكتفاء بعبارة « او بما يقوم مقام الانذار » ، كما استغنى عن عبارة « كما يجوز ان يكون مترددا على اتفاق يعرض بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى اجراء آخر » بعبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٩٨ من التقنين الكويتي التي تنص على ان « يكون اعذار المدين بانذاره ، او بورقة رسمية تقوم مقام الانذار » ، كما يجوز ان يكون الاعذار باية وسيلة اخرى يتفق عليها » .

وتقابل المادة ٢٥٧ من التقنين العراقي التي تنص على ان « يكون اعذار المدين بانذاره ، ويجوز ان يتم الاعذار بأي طلب كتابي آخر كما يجوز ان يكون مترددا على اتفاق يفرض بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى انذار » .

## ( مادة ٢١٦ )

لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية :

( ا ) اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين .

( ب ) اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع .

( ج ) اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

( د ) اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه .

( هـ ) اذا نص القانون او اتفق الطرفان على عدم لزوم الاعذار .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٠ من التقنين الحالي ، مع اضافة البند ( هـ ) الأخير ، اذ يتضمن حالة لاجدال في عدم لزوم الاعذار فيها .

وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الاردني . فيما عدا البند الأخير .

وتطابق في حكمها المادة ٢٥٨ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٢٩٩ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٢١٧ )

١ - اذا التزم المدين ان يسلم شيئا ولم يتم بتسليمه بعد ان اعذر ، فان هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن .

## (عادة ٢١٩)

العقد الذي يوقعه تكسب ملكية شيء أو حق عيني آخر يغول من تلقا، ذاته هذا الحق . إذا كان الموقوف عليه شيئا معيناً بالذات وكان المصرف هو صاحب الحق المصرف فيه ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري أو القواعد المتعلقة بالفيد في قانون السجل العيني بحسب الأحوال .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٤ من القانونين الحالي التي تنص على أن الالتزام بنقل الملكية أن أي حق عيني آخر يعمل من تلقا، نفسه هذا الحق ، إذا كان الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

وتقابل المادة ٢٤٧ من القانونين العراقي ، وهي تطابق المادة ٢٠٤ من القانونين المصري الحالي .

وفي هذه الصدد يختلف التصوير العيني في الفقه الإسلامي عنه في فقه القانون الوصفي وهو الفقه السلاطيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالمعد . أما في الفقه السلاطيني ، فالمعد يسمى ، اقتراما بنقل الملك ويتم سعيد هذا الالتزام مورا بمجرد نشوئه فيستل ذلك سعيدا للالتزام لا بحكم المعد .

وجوه الفكرة واحد في السهي ، والاختلاف في التصوير . فهنا الاختلاف في التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية ، وهي أن الحق ينتقل بالمعد . وقد روي الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه الإسلامي ، لأنه أدق من ناحية الفقه ، وإذا كان الموقوف عليه شيئا معيناً بالذات وكان المصرف هو صاحب الحق المصرف فيه ، فإن الحق العيني فيه يكسب بمجرد المعد . ولا يكون هناك نمة مجال للقول بوجود التزام بنقل الحق يقع على عاتق المصرف ، ما دام أن المعد هو الذي يكسب الحق وقد يتطلب الشارع لهذا الكسب شروطاً خاصة ، كالأفراز في المنقول المعين بالنوع ، والتسجيل أو القيد في العقار ، فلا يكسب الحق إلا بتوافر هذه الشروط أعمالاً للقاعدة الأصولية وهي أن الحكم لا يترتب إلا إذا وجد سببه وتوافرت شروطه . فالسبب هنا هو المعد . وكل من الأفراز والتسجيل أو القيد شروط لترتب الحكم .

وبلاحظ أن المادة المقترحة تشير فيها إلى القواعد المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري والقواعد المتعلقة بالفيد في قانون السجل العيني ، فتراعى هذه القواعد وتلك بحسب ما إذا كان القانون المطبق هو قانون الشهر العقاري أو قانون السجل العيني . إذ إن هذا القانون الأخير ، وإن كان قد صدر برقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، إلا أنه لم يبدأ العمل به إلا في نطاق محدود ، وسيبقى قانون تنظيم الشهر العقاري مفعولاً به زمناً طويلاً حتى يتيسر إدخال نظام السجل العيني تدريجياً على فترات متعاقبة بالقدر المستطاع .

انظر في الفقه الإسلامي مادة ٣٠٧ من مرشد الحبران .

٢ - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، جاز للقاضي بناء على طلب المدين أن يصدر حق الدائن على القضاء، تعويض إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٣ من القانونين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عسكياً متى كان ذلك ممكناً .

٢ - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً .

وقد أدخل على هذه المادة التعديلان الآتيان :

أولاً - العدول عما يقضى به النص الحالي حيث يجعل من حق المدين نفسه أن يعمد إلى التعويض النقدي إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب له . وفي هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطلب التنفيذ العيني بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له . ويكون دور القاضي حينئذ أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن . بينما روي في النص المقترح جعل الأمر من أوله إلى آخره للقاضي بناء على طلب المدين . وبذلك يكون الحكم أقرب إلى قواعد الفقه الإسلامي . إذ أن طلب المدين في هذه الحالة يستهدف رفع مظنة وولاية رفع المظالم إلى القاضي . وعلى كل فالنتيجة العملية النهائية واحدة وهي أن القول الفصل للقاضي .

ثانياً - استبدال لفظة « تعويض » بعبارة « تعويض نقدي » . لأن الأمر في ذلك مرده إلى القاضي ، ولأنه لا يشترط في التعويض أن يكون بعدياً .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢٨٤ من القانونين الكويتي وتطابق المادة ٣٥٥ من القانونين الأردني فيما عدا أن هذه الأخيرة تنص على « عوض نقدي ، بدلاً من « تعويض » .

وتقابل المادة ٢٤٦ من القانونين العراقي ، وهي مطابقة لنص القانونين المصري الحالي فيما عدا أنها لا تشير إلى الاعذار .

ويستند النص المقترح إلى ما يفرضه الفقه الإسلامي من قواعد تقضى بأنه « إذا بطل الأصل يصار إلى البديل » ( م ٥٣ من المجلة ) وبأن « المنفعة تجلب التيسر » ( م ١٧ من المجلة ) ، وبأنه « لا نضر ولا ضرر » ( م ١٩ من المجلة ) ، وبأن « الضرر يزال » ( م ٢٠ من المجلة ) ، وبأن « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » ( م ٢٧ من المجلة ) ، وبأن « الضرر يدفع بقدر الإمكان » ( م ٢١ من المجلة ) .

هذه المادة تقابل المادة ٢٠٦ من التقنين الحال التي تنص على أن :  
 • الالتزام ينتقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والحفاظة  
 عليه حتى التسليم ، •

وتقابل المادة ٢٨٦ من التقنين الكويتي ، وهي تطابق المادة ٢٠٦  
 من التقنين المصري الحالي •

وقد روى في المادة المقترحة الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه  
 الاسلامي ، وهو أن الحق ينتقل بالمقد ، وليس باعتبار هذا الانتقال  
 انرا يترتب على التزام المتصرف بنقل الحق كما يقول فقه القانون الوضعي  
 وهو الفقه اللاتيني • وذلك لأن التصوير الذي يقول به الفقه الاسلامي  
 أدق من الناحية الفنية • انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢١٩ من المشروع ،  
 وانظر في الفقه الاسلامي مادة ٣٠٧ من مرشد الحيران •

#### ( مادة ٢٢٢ )

في الالتزام بعمل ، اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن  
 ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرضى الوفاء من غير المدين •

• هذه المادة تطابق المادة ٢٠٨ من التقنين الحال •

• وتطابق المادة ٢٤٩ من التقنين العراقي •

وتطابق في حكمها لفقرة الأولى من المادة ٣٥٦ من التقنين الاردني  
 التي تنص على أنه • اذا كان موضوع الحق عملاً واستوجبت طبيعته  
 أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به شخصه جاز للدائن أن يرضى  
 الوفاء من غيره • •

#### ( مادة ٢٢٣ )

١ - في الالتزام بعمل ، اذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه • جاز للدائن  
 أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان  
 هذا التنفيذ ممكناً •

٢ - ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة  
 المدين دون ترخيص من القضاء •

• هذه المادة تطابق المادة ٢٠٩ من التقنين الحالي •

• وتطابق المادة ٢٨٨ من التقنين الكويتي •

#### ( مادة ٢٢٠ )

١ - العقد الذي بمقتضاه يكسب حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه  
 لا يخول الحق إلا بافراز هذا الشيء •

٢ - فاذا لم يتم المتصرف بما يوجبه العقد • جاز للدائن أن يحصل  
 على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون  
 استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء •  
 من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض •

• هذه المادة تقابل المادة ٢٠٥ من التقنين الحال التي تنص على ما يأتي •

١ - اذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ،  
 فلا ينتقل الحق إلا بافراز هذا الشيء •

٢ - فاذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على  
 شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون  
 استئذانه في حالة الاستعجال • كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء •  
 من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض •

وتقابل المادة ٢٤٨ من التقنين العراقي • وهي تطابق المادة ٢٠٥  
 من التقنين المصري الحالي •

وتقابل المادة ٢٨٥ من التقنين الكويتي وهي بحق مع المادة ٢٠٥  
 من التقنين المصري الحالي •

وقد روى في المادة المقترحة الأخذ بالتصوير الذي يقول به الفقه  
 الاسلامي • وهو أن الحق ينتقل بالمقد • وليس باعتبار هذا الانتقال  
 انرا يترتب على احترام المتصرف بنقل الحق كما يقول فقه القانون  
 الوضعي وهو الفقه اللاتيني • وذلك لأن التصوير الذي يقول به الفقه  
 الاسلامي أدق من الناحية الفنية • انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٢١٩  
 من المشروع •

• وانظر في الفقه الاسلامي مادة ٣٠٧ من مرشد الحيران •

#### ( مادة ٢٢١ )

العقد الذي بمقتضاه ينتقل حق عيني يتضمن التزام المتصرف بتسليم  
 الشيء والحفاظة عليه حتى التسليم •

وتقابل المادة ٢٥٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضروريا ان ينفذه بنفسه جاز للدائن ان يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا .

٢ - وبجوز في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة .

وقد جاء هذا النص على نسق المادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالي . ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت العبارة التي تشير الى الضرورة في الفقرة الاولى ، لان امر طلب الترخيص من القضاء في التنفيذ على نفقة المدين جوازي للدائن فله . وهو في هذا صاحب التقدير . ان يمتسك بوجوب التنفيذ المعنى ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٢٨ ) .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : . فاذا لم يقم المدين بالعمل جاز للدائن أن يطلب اذا من القضاء بالقيام به على نفقة المدين أو تنفيذه دون اذن اذا استوجبت الضرورة ذلك .

#### ( مادة ٢٢٤ )

١ - في الالتزام بعمل . اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

٢ - وفي كل حال يبقى المدين مسئولا عما ياتيه من غش أو خطأ جسيم .

هذه المادة تطابق المادة ٢١١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٥٨ من التقنين الأردني مع اغفال عبارة « في الالتزام بعمل » في الفقرة الاولى .

وتطابق المادة ٢٩٠ من التقنين الكويتي مع اغفال عبارة « في الالتزام بعمل » في الفقرة الاولى .

وتقابل المادة ٢٥١ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو كان مطلوبا منه أن يتوخى الحيطة في

تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود .

٢ - ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاده في شئونه الخاصة متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصد ذلك .

وقد جاء هذا النص على نسق المادة ٢٨٨ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالي مع اغفال الاشارة الى مسئولية المدين عما ياتيه من غش أو خطأ جسيم .

( راجع في تطبيقات النص المنروح على سبيل المثال م ٧٧٦ و ٨١٥ من مرشد الحبران و م ٧٨٠ و ٧٨٢ و ٨١٤ و ٨١٥ من المجلة ) .

#### ( مادة ٢٢٥ )

اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن ان يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام . وله ان يطلب من القضاء ترخيصا في ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢١٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٩١ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٥٩ من التقنين الأردني مع اختلاف لفظي .

وتقابل المادة ٢٥٢ من التقنين العراقي التي تنص على انه . اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام مع التعويض اذا كان له محل .

#### ( مادة ٢٢٦ )

يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ ، اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام

هذه المادة تقابل المادة ٢١٠ من التقنين الحالي التي تنص على انه . في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام . وقد حذفت من هذا النص عبارة « في الالتزام بعمل » حتى

## الفرع الثاني

### التنفيذ بطريق التعويض

#### ( مادة ٢٢٨ )

إذا كان تنفيذ الالتزام عبئا جبرا على المدين غير ممكن أو غير مجد، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء، بالالتزام، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

هذه المادة تقابل المادة ٢١٥ من التقنين الحالي التي تنص على أنه: إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عبئا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء، بالالتزام، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

وقد قصد بتعديل نص التقنين الحالي على النحو الوارد في النص المقترح أن يشمل حكم النص حالة استحالة التنفيذ وحالة عدم جلاءه. ونفى عن البيان أن التعويض لا يكون إلا إذا أصاب الدائن ضرر من عدم التنفيذ أو من التأخر فيه.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٩٣ من التقنين الكويتي. وما تقضي به المادة المقترحة يستند إلى ما جاء في الآية الكريمة: لا يكلف الله نفسا إلا وسعها.

راجع فيما يتعلق بالسبب الأجنبي: البذلح ج ٥ ص ٣٣٨٨ الميسوط ج ١١ ص ١٣٢. بداية الجهد ج ٢ ص ٥٥ - ١٥٧.

#### ( مادة ٢٢٩ )

- ١ - لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة.
- ٢ - وكذلك لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى.

هذه المادة تقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢١٧ من التقنين الحالي اللتين تنصان على ما يأتي:

١ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ. والقوة القاهرة.

٢ - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أبة مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الفشل أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

يتسع حكمه للالتزام بالامتناع عن عمل متى سمحت طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام تنفيذ هذا الالتزام. واقتضى هذا نقل المادة المقترحة من موضعها في التقنين الحالي إلى هذا الموضع.

وتطابق المادة ٢٨٩ من التقنين الكويتي.

وتقابل المادة ٢٥٧ من التقنين الأردني التي تنص على أن: يقوم حكم المحكمة مقام السفيذ إذا كان موضوع الحق عملا وسمحت بذلك طبيعته.

#### ( مادة ٢٢٧ )

١ - إذا كان تنفيذ الالتزام عبئا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن امتنع عن ذلك.

٢ - وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لأكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة.

٣ - وإذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعى في ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين.

هذه المادة تطابق المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين الحالي. حيث رؤى ادماجها في مادة واحدة.

وتطابق المادة ٢٩٢ من التقنين الكويتي.

وتطابق المادتين ٢٥٣ و ٢٥٤ من التقنين العراقي فالأولى تنص على أنه: إذا كان تنفيذ الالتزام عبئا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قرارا بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن يقى ممتنعا عن ذلك. والثانية تنص على أنه: إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائيا مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعى في ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين.

وما يقضى به النص المقترح من اعتماد القاضى في تقدير التعويض بالضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين إنما يستند إلى القاعدة الشرعية التى تقر أن الضرورات تقدر بقدرها وإن الضرر يدفع بقدر الامكان ( م ٢٢ و ٣١ من المجلة ).

٢ - ومع ذلك إذا كان الالتزام بمعدته العقد . فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٠٠ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٦٣ من التقنين الأردني التي تنص على أنه إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه .

والقاعدة في الفقه الإسلامي أن امتناع المدين عن الوفاء بالذمام عيناً يعتبر معصية يستحق عليها التعزير . وفي رواية عن أبي يوسف أنه يجوز التعزير في حالة الضرر الذي لا يمتثل في فقد مال ( النظر رد المحتار ج ٣ ص ١٧٨ ) .

( مادة ٢٣٢ )

يجوز للمتقاضي أن يحدد مقدماً دية التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٣ من التقنين الحالي . مع أعمال الإشارة أن مراعاة أحكام المواد الخاصة باستحالة التنفيذ بسبب أسباب جسيمة . ومصلحة القاضي في انقاص التعويض إذا كان الضرر قد اشتبك بخطئة في أحداث الضرر . والاتفاق على زيادة عبء المسؤولية أو التخفيف منه . والاعذار . إذ أنه فيما عدا الأحكام التي وردت في خصوص التعويض الانفاقي . فإن هذا التعويض يخضع للأحكام ذاتها التي تسري على تعويض يقدره القاضي .

وطابق في حكمها الفقرة الأولى من المادة ٣٦٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه يجوز للمتقاضي أن يحدد مقدماً قسمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون .

وتقابل المادة ٣٠٢ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه إذا لم يكن محل الالتزام معلوماً من النوع . يجوز للمتقاضي أن يحدد مقدماً التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق .

( مادة ٢٣٣ )

١ - لا يكون التعويض الاتفاقي مسيحاً إذا أثبت الدين أن الدائن لم يألحقه أي ضرر .

٢ - ويجوز للدائن أن يخلق هذا التعويض إذا أثبت الدين أن التقدير كان بالغاً فيه إلى درجة كبيرة . أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزئه .

٣ - ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفروعين السابقين .

وتقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٥٩ من التقنين العراقي اللتين تطابقان نص التقنين الحالي .

وتقابل المادتين ٢٩٥ و ٢٩٦ من التقنين الكويتي اللتين تطابقان نص التقنين الحالي .

وفد رئي في المادة المقترحة الأخذ بعكس الأحكام الواردة في التقنين الحالي والتقنين العراقي والتقنين الكويتي . وذلك مراعاة لمبادئ أساسيين في الشريعة الإسلامية .

المبدأ الأول هو ما جاء في الآية الكريمة : لا يكلف الله نفساً الا وسعها . مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدماً على أن يتحمل المدين تبعاً القوة القاهرة . إذ ليس في وسعه أن يدفع هذه القوة القاهرة . ويلاحظ هنا أن الفقرة الأولى من المادة المقترحة لم يرد فيها ذكر للحادث المفاجئ . لأنه يعتبر من قبيل القوة القاهرة .

والمبدأ الثاني هو ما جاء في الآية الكريمة : بابها الذين آمنوا أوفوا بالعقود . مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدماً على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ الذمام التعاقدى . حتى ولو كانت هذه المسؤولية واجبة إلى خطأ وقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ الذمام .

( مادة ٢٣٠ )

لا يستحق التعويض الا بعد اعداد المدين . ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢١٨ من التقنين الحالي . مع اضافة عبارة : القانون أو الاتفاق . بعد لفظ : ينص .

وتطابق المادة ٢٥٦ من التقنين العراقي . مع افعال لفظ : الاتفاق . بعد لفظ : القانون .

وتطابق المادة ٣٦١ من التقنين الأردني التي تنص على أنه لا يستحق الضمان الا بعد اعداد المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد .

وتطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الكويتي .

( راجع المواد ٢٧ و ٤٣ و ٤٤ من المجلة ) .

( مادة ٢٣١ )

١ - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون . فالقاضي هو الذي يقدره . ويقتصر التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للآخر في الوفاء . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

وسواء كانت العائدة ظاهرة أو مستترة على نحو ما جاء في النص .  
وذلك للحيلولة دون أي تحايل في هذا الخصوص .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الكويتي مع  
احكام لعملي بسيط .

#### ( مادة ٢٣٦ )

إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود . وتأخر المدين في الوفاء  
به . جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا  
التأخير .

هذه المادة مستحدثة .

وقد روعي فيها أن الدائن قد يضار إذا تأخر مدينه عن الوفاء بمبلغ  
من النقود رغم حلول أجل هذا الوفاء . وفي هذه الحالة يحق للدائن  
أن يطالب بتعويض الضرر الذي يصبه من جراء هذا التأخير . وذلك  
حماية للثقة التي يجب أن تسود التعامل . ولأن الشريعة الإسلامية  
لا تأبى التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن في هذه الحالة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٦ من التقنين الكويتي التي  
تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود . ولم يتم المدين  
بالوفاء به بعد اعذاره . مع قدرته على الوفاء . وأثبت الدائن أنه قد لحقه  
بسبب ذلك ضرر غير مألوف . جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض  
تراعى فيه مقتضيات العدالة » .

#### الفصل الثالث

الوسائل التي تكفل حقوق الدائنين

#### نظرة عامة :

القاعدة أن أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه . فهذه الأموال هي  
الضمان العام للدائنين . وهذا الضمان العام يخول الدائن أن يسناد  
حقه من أموال مدينه . لئلا أن يتخذ على هذه الأموال طرقا تحفظية وطرقا  
تنفيذية وطرقا هي وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية .

وقد تكفل لتأمين المرافعات بالطرق التنفيذية .

وتكفل التقنين المدني بالطرق الوسطى ما بين التحفظية والتنفيذية .  
لأنها تتفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين .

وقد نظم التقنين المدني الحالي خمسة من هذه الطرق . فنظم دعاوى  
ثلاثا . هي الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف ودعوى  
الصورية . ونظم الحق في الحبس . وهذه الطرق الأربعة كلها إجراءات  
فردية . وليس من شأنها أن تغل يد المدين عن ماله . ونظم طريقا  
خامسا هو الاعسار . وهذا الطريق هو أيضا إجراء فردي . ولكن من  
شأنه أن يغل يد المدين عن ماله .

وقد روى نقل النصوص الخاصة بالصورية الى مكانها المناسب بين  
النصوص المتعلقة بآثار المقعد . لأنها الصق بهذه الآثار . وعلى الرغم  
من هذا النقل لم أشك في أن للدائن أن يرفيع دعوى الصورية ليدفع  
عن نفسه نتائج غش المدين إذا قام هذا بتصرف صوري في ماله ليخرجه  
من الضمان العام . فيستبقى الدائن بذلك مال المدين في ضمانه العام  
نمهدا للتنفيذ عليه بحقه . غير أنه يلاحظ أن الدائن قد يتمسك بالمقد

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٠٣ من التقنين الكويتي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٦٤ من التقنين الأردني التي تنص  
على أنه « ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين  
أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل المدير مساويا للضرر ويقع باطلا  
كل اتفاق يخالف ذلك » .

#### ( مادة ٢٣٤ )

إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى . جاز للدائن أن يطالب بأكثر  
من هذه القيمة .

هذه المادة تقابل المادة ٢٢٥ من التقنين الحالي التي تنص على أنه  
« إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى . فلا يجوز للدائن أن يطالب  
بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ  
جسيما » .

وتقابل المادة ٣٠٤ من التقنين الكويتي التي تطابق نص  
التقنين الحالي .

وقد روى في المادة المقترحة مخالفة ما يقضى به التقنين الحالي  
والتقنين الكويتي على النحو الوارد فيها . وذلك مراعاة للقاعدة  
العامّة التي تربط بين قيمة التعويض ومقدار الضرر . وللتقريب عدالة  
بين ما يجوز للمدين أن يتمسك به وما يجوز للدائن أن يطالب به .

#### ( مادة ٢٣٥ )

١ - يقع باطلا كل اتفاق على تنازلي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ  
من النقود أو التأخير في الوفاء به .

٢ - وتعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها .  
اشتراطها للدائن . إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة  
حقيقية يكرن الدائن قد اداها ولا نفقة مشروعة .

هذه المادة مستحدثة .

وقد أريد بها النص صراحة على حرمة الربا نزولا على حكم الشريعة  
الإسلامية . حيث جاء في الآية الكريمة « أحل الله البيع وحرم الربا » .  
ووصلت الشريعة في تحريم الربا الى حد يهدد من يتعامل به بحرب  
من الله ورسوله . حيث جاء في الآية الكريمة « فادوا بحرب من الله  
ورسوله » .

وكان في الوسخ اغفال هذه المادة اكتفاء بالحكم العام الذي جاء في  
المادة ٣ من المشروع . حيث نص على أنه « تعتبر من النظام العام  
احكام الشريعة الإسلامية القطعية » . ومن ثم يقع باطلا كل نص أو  
اتفاق يخالف هذه الاحكام .

ولكن روى أن من اللازم الصدى صراحة إلغاء المصوغ نظرا الى  
خطورته . فيكون باطلا كل اتفاق على تنازلي فوائد . سواء كان ذلك  
في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو في مقابل التأخير في الوفاء به .

٢ - ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان عدم استعماله لها من شأنه ان يسبب اعساره او يزيد في هذا الاعسار . ولا يشترط اعلان المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب ادخاله خصما في الدعوى .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٦١ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٦٦ من التقنين الاردني .

وتطابق المادة ٣٠٨ من التقنين الكويتي .

والدعوى غير المباشرة التي يقررها النص المقترح لها سندها في الفقه المالكي . ففيه اذا لم يكن للمدين ( المحجور للدين ) بينه على حقه في ذمة الغير الا شاهد واحد . وكل ان يحلف مع شاهده اليمين الكاملة للحجة . جاز للفرع ان يحلفوا مع الشاهد فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينتهم في الحلف على النحو الذي نراه في استعمال الدائن لحق المدين في هذه الدعوى ( انظر الخرشى ج ٥ ص ٢٦٧ - عبد الرزاق السنهوري . مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٥ ص ١٣٨ هامش ٢ )

#### ( مادة ٢٣٩ )

يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينة نائباً عن هذا المدين . وكل نفع يعود من استعمال هذه الحقوق يدخل في اموال المدين ويكون ضمناً لجميع دائنيه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٦ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط .

وتطابق المادة ٢٦٢ من التقنين العراقي . مع تعديل لفظي بسيط .

وتطابق في حكمها المادة ٣٠٩ من التقنين الكويتي التي تنص على ان « يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينة نائباً عنه » .

والواقع ان ما جاء في النص المقترح من ان كل نفع تسفر عنه الدعوى يدخل في اموال المدين ويكون ضمناً لجميع دائنيه . انما هو نتيجة لازمة لاعتبار الدائن في هذه الدعوى نائباً عن المدين . ومع ذلك رؤى ذكره في النص للمقابلة بين هذه الدعوى ودعوى عدم نفاذ التصرف التي يتناولها النص التالي .

#### الفرع الثاني

دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن

#### ( مادة ٢٤٠ )

لكل دائن اصبحت حقه مستحق الاداء ، وصدر من مدينة تصرف ضار به ، ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين

الظاهر اذا كان حسن النية . كما انه ليس الوحيد الذي يحق له رفع دعوى الصورية كما هي الحال في الدعويين الآخرين ، فقد يرفع دعوى الصورية المتعاقب او الخلف الخاص . وفي هذا ما يدل بوضوح على ان احكام الصورية الصق باتار العقد .

كذلك رؤى عدم ايراد تنظيم للاعسار ، على خلاف التقنين الحالي ، لان العمل قد دل على ان نظام الاعسار لم يحقق الغاية المرجوة منه لكثره نفقاته وقلة جدواه للدائنين الذين يجدون في دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حقه ، وفي سائر وسائل التنفيذ ، ما يغنيهم عن طلب احكام بشهر اعسار مدينتهم ، بل قلما يلجأ الى هذه الوسيلة الا من يريد التشهير بمدينةه وتجريح سمعته .

وإذا كان من مزايا نظام الاعسار للدائن حلول اجل دينه ، فان نص المادة ٢٦١ من المشروع قد كفل له هذه المزية متى ثبت ان اموال مدينة لا تفي بالديون الحالية ، من غير ان يترتب على ذلك صدور حكم يدمر المدين بالاعسار .

وتلك الاعتبارات التي دعت الى عدم ايراد تنظيم للاعسار هي ذاتها التي دعت الى عدم ايراد تنظيم للحجر على المدين المفلس ، على خلاف التقنين العراقي والتقنين الاردني .

#### ( مادة ٢٣٧ )

١ - اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

٢ - وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان ، الا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٠٧ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٦٥ من التقنين الاردني التي تنص على انه « مع مراعاة احكام القانون ، اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان » .

وتطابق المادة ٣٠٧ من التقنين الكويتي .

وفكره ان اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه موجودة في الفقه الاسلامي ، اذ يستطيع الدائن ان ينفذ على أي مال من اموال المدين استيفاء لحقه . وليس لدائن ان يتتبع عيناً خرجت من ذمة المدين او ان يتقدم على دائن آخر بالنسبة الى عين معينة الا اذا كان له تأمين خاص كالرهن مثلاً يخوله حق التتبع او حق التقدم .

#### الفرع الاول

الدعوى غير المباشرة

#### ( مادة ٢٣٨ )

١ - لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ، ان يستعمل باسم مدينة جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة او غير قابل للحجز .



٣ - وإذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن ان يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الاول بهذا الغش ، ان كان المدين قد تصرف بعوض ، او كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الاول ، ان كان المدين قد تصرف له تبرعا .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٣٨ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٦٤ من التقنين العراقي .

• وتطابق في حكمها المادتين ٣١١ و ٣١٢ من التقنين الكويتي .

• وتقابل المادتين ٣٧٠ و ٣٧١ من التقنين الأردني وقد تقدم ذكرهما .

• ( انظر المواد ٩٥٩ و ٩٦١ و ٩٩٩ و ١٠٠١ و ١٠٠٢ من المجلة ) .

( وانظر ما ذكرناه تحت المادة السابقة عن شروط دعوى عدم نفاذ التصرف في الفقه المالكي ) .

#### ( مادة ٢٤٢ )

اذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه الا ان يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه ان يثبت ان له مالا يساوي قيمة الديون او يزيد عليها .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٣٩ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٦٥ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٣١٣ من التقنين الكويتي .

• وتقابل المادة ٣٧٢ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « اذا ادعى الدائن احاطة الدين بمال المدين فليس عليه الا ان يثبت مقدار ما في ذمته من ديون وعلى المدين نفسه ان يثبت ان له مالا يزيد على قيمة الديون » .

#### ( مادة ٢٤٣ )

متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٤٠ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٦٦ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٣١٤ من التقنين الكويتي .

• وتطابق المادة ٣٧٣ من التقنين الأردني .

او الزيادة في اعساره . وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٣٧ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٦٣ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٣١٠ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادتين ٣٧٠ و ٣٧١ من التقنين الأردني فالمادة ٣٧٠ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا احاط الدين حالا او مؤجلا بمال المدين بان زاد عليه او ساواه فانه يمنع من التبرع تبرعا لا يلزمه ولم تجر العادة به والدائن ان يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه » . والمادة ٣٧١ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا طالب الدائنون المدين الذي احاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة ، والدائنين ان يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم . ولهم ان يطلبوا بيع ماله والمحاسبة في ثمنه وفقا لاحكام القانون » .

• وأسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضاربة في حق دائنيه قائمة في الفقه المالكي . ففي هذا الفقه تنقيد تصرفات المدين التي احاط الدين بماله حتى قبل الحجر . فلا تسري في حق دائنيه بصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل ان يحجر عليه الحاكم . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية .

• أولا : ان يكون المدين قد احاط الدين بماله . وذلك بان تكون ديونه ، الحالة منها والمؤجلة ، ازيد من ماله او مساوية له ( الخرش ج ٥ ص ٢٦٣ . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٦٢ و ٢٦٣ ) .

• ثانيا : ان يكون المدين عالما وقت التصرف بان الدين محيط بماله ( الخطاب ج ٥ ص ٣٥ ) .

• ثالثا : ان يكون التصرف الصادر من المدين ضارا بحقوق الدائنين . فلا يسري في حقهم اذا كان تصرفا مقفرا يجرد المدين من ماله دون مقابل ويكون سببا في اعسار المدين او في زيادة اعساره ( حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٦٢ - ٢٦٤ الخرش ج ٥ ص ٢٦٣ و ٢٦٤ و ٢٦٥ ) . ( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٥ ص ١٨١ - ١٩٢ ) .

#### ( مادة ٢٤١ )

١ - اذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن ان يكون منظويا على غش من المدين ، وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف منظويا على الغش ان يكون قد صدر من المدين وهو عالم انه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم ان هذا المدين معسر .

٢ - اما اذا كان التصرف تبرعا . فانه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت ان المدين لم يرتكب غشا .

## الفرع الثالث

## الحق في الحبس

## ( مادة ٢٤٧ )

١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به ، أو مادام الدائن لم يقدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه .

٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محوزه ، اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٦ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط في الفقرة الأولى .

وتطابق في حكمها المادة ٣١٨ من التقنين الكويتي .

والفقرة الأولى منها تطابق في حكمها المادة ٢٨٢ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٣٨٧ من التقنين الأردني التي تنص على أن « لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به » .

والفقرة الثانية منها تقابل المادة ٢٨١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة أو أنشأ فيه بناء أو غرس فيه أشجارا أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانونا الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » .

وتقابل المادة ٢٨٩ من التقنين الأردني التي تنص على أن « لمن أنفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانونا ما لم يتفق أو يقضى القانون بغير ذلك » .

وفي الفقه الاسلامي يتركز حق الحبس في مال ضمانا للمدين . وقد يكون مصدره العقد . حيث يكون للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن . ويكون للمستاجر أن يحبس المأجور اذا انفسخت الاجارة حتى يسترد ما عجله من الاجرة . ويكون للمودع عنده أن يحبس الوديعة حتى يستوفي ما أنفقه في حفظها باذن القاضي . ويكون للاجير المشترك الذي لعمله أنوف في العين كالخياط أن يحبس العين حتى يستوفي الاجرة . ويكون للوكيل بالشراء أن يحبس المال الذي اشتراه عن الموكل حتى يدفع اليه الثمن .

وقد يكون النزع هو مصدر حق الحبس . فللمتقسط أن يحبس اللقطة عن مالها حتى يستوفي ما أنفقه عليها باذن القاضي . وللغاصب أن يحبس المصنوب الذي زاد فيه زيادة متصلة من ماله . كمن يقيم على الأرض المنصوبة بناء أو غراسا حتى يدفع له المالك قيمة الزيادة .

## ( مادة ٢٤٤ )

اذا كان من تلقى حقا من المدين المدين لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو لمن المثل ، وقام بإبداعه خزانة المحكمة .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤١ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٧ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٣١٥ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٢٤٥ )

١ - اذا لم يقصد بالقش الا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة .

٢ - واذا وفي المدين المعسر احد دائنيه قبل انقضاء الاجل الذي عين اصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الاجل ، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٦٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣١٦ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٢٤٦ )

لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، ولا تسمع في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٣ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة

« لا تسمع » بعبارة « تسقط بالتقادم » في صدر النص ، واستبدال عبارة « ولا تسمع » بعبارة « وتسقط » في وسط النص .

وتطابق المادة ٢٦٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٧٤ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣١٧ من التقنين الكويتي ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تتضمن لفظ « تسقط » بالنسبة للدعوى بدلا من عبارة « لا تسمع » .

## ( مادة ٢٤٩ )

إذا هلك الشيء المحبوس أو تلف لأي سبب كان انتقل الحق في الحبس إلى مايجل محله .

هذه المادة مستحدثة . وقد قصد من إيرادها وضع قاعدة عامة تجعل الحق في الحبس ينتقل إلى المال الذي يحل محل الشيء المحبوس في حالة الهلاك أو التلف . كان يكون هذا المال تعويضاً أو مبلغ تأمين ، وذلك تطبيقاً لمبدأ الحلول العيني .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢١ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : إذا هلك الشيء المحبوس أو تلف ، انتقل الحق في الحبس إلى ما يستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعويض ، وتسرى على انتقال الحق الأحكام الخاصة برهن الحياة .

وينفق حكم هذه المادة مع أحكام الفقه الإسلامي الخاصة بانتقال حق الدائن المرتين إلى بدل الشيء المرهون عند تلفه أو هلاكه .

## ( مادة ٢٥٠ )

- ١ - يتقضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو حوزة .
- ٢ - ومع ذلك يجوز لحابس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٨٤ من التقنين العراقي ، مع اختلاف لفظي .

وتطابق المادة ٣٩٢ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٢٢ من التقنين الكويتي ، مع اختلاف لفظي ( انظر الأتشاء والنظائر ص ٣٧٦ م ٢٨١ من المجلة و م ٤٥٩ من مرشد الحيران ) .

## الباب الثالث

الأرصاف المعدلة لأنار الالتزام

## الفصل الأول

## الشرط والأجل

## الفرع الأول

## الشرط

## ( مادة ٢٥١ )

يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على امر مستقبل غير محقق الوقوع .

( انظر في هذا : الكاساني ج ٤ ص ٤٠٤ - ٤٠٦ و ج ٥ ص ٢٥٩ و ج ٦ ص ٣٧ و ٢٠٢ . الزيلعي ج ٥ ص ١١١ و ٢٣٠ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ١ ص ٣٦ م ٢٧٨ - ٢٨٠ و م ٤٨٢ و م ١٤٩١ من المجلة ) .

## ( مادة ٢٤٨ )

١ - مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه .

٢ - وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحياة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته .

٣ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء ، في بيعه وفقاً للأحكام المقررة في رهن الحياة ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٤٧ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي في الفقرة الثالثة .

وتطابق المادة ٢٨٣ من التقنين العراقي . مع اختلاف لفظي بسيط . وتعابيل المادتين ٣٩٠ و ٣٩١ من التقنين الأردني . فالمادة ٣٩٠ من هذا التقنين تنص على أن : ١ - على من احتبس الشيء أن يحافظ عليه وأن يقدم حساباً عن غلته ٢ - وله أن يستصدر إذناً من المحكمة ببيع الشيء المحتبس إذا كان يخشى عليه الهلاك أو التعيب وذلك وفقاً للإجراءات الخاصة ببيع المرهون حياة وينتقل حق الاحتباس من الشيء إلى ثمنه . والمادة ٣٩١ من هذا التقنين تنص على أن من احتبس الشيء استعمالاً لحقه في احتباسه كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه .

وتقابل المادتين ٣١٩ و ٣٢٠ من التقنين الكويتي . فالمادة ٣١٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : ١ - على الحابس أن يحافظ على الشيء ، وأن يقدم حساباً عن غلته .

٢ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، وللحابس أن يحصل على إذن من المحكمة في بيعه وفقاً لإجراءات تحددها . وله أن يبيع دون إذن المحكمة في حالة الاستعجال . وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه . والمادة ٣٢٠ من هذا التقنين تنص على أن : مجرد الحق في حبس الشيء لا يعطى الحابس حق امتياز عليه .

( انظر في الفقه الإسلامي في النقطة : الكاساني ج ٩ ص ٢٠٣ . الزيلعي ج ٣ ص ٣٠٦ ) .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٥ من التقنين الحالي .  
وتطابق المادة ٢٢٥ من مشروع التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢٨٦ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :  
« ١ - العقد المعلق هو ما كان معلقا على شرط واقف أو فاسخ .

٢ - ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا » .

وتقابل المادتين ٣٩٣ ، ٣٩٥ من التقنين الأردني :

فالمادة ٣٩٣ من هذا التقنين تنص على أن « الشرط التزام مستقبلي يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه » .

والمادة ٣٩٥ من هذا التقنين تنص على أن « التصرف المعلق هو ما كان مقيدا بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلية ويتراخي أثره حتى يتحقق الشروط وعندئذ ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه » .  
( انظر في : الفقه الاسلامي م ٣١٥ - ٣١٩ من مرشد الحبران ) .

#### ( مادة ٢٥٢ )

يعتبر الالتزام غير قائم اذا علق على شرط مستحيل او شرط مخالف للنظام العام او للأداب ، سواء كان الشرط واقفا أو فاسخا .

هذه المادة تقابل المادة ٢٦٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام ، هذا اذا كان الشرط واقفا . أما اذا كان فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم .

٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام ،

وقد عدلت هذه المادة بتوحيد الحكم بالنسبة إلى نوعي الشرط حيث لا يقوم الالتزام ، إذا علق على شرط واقف أو فاسخ ، وكان الشرط مستحيلا أو مخالفا للنظام العام أو للأداب . ذلك أن الشرط الفاسخ لا يمكن إلا أن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد ، ما دام قد علق على تحققه فسخ العقد ذاته ، ومن ثم قد تتحقق الصورة التي لا يكون فيها الشرط الفاسخ هو السبب الدافع إلى التعاقد ولا وجه لاختلاف الحكم بحسب ما إذا كان هذا الشرط مستحيلا أو كان مخالفا للنظام العام أو للأداب ، ففي الحالين لا يقوم الشرط ولا الالتزام .

قارن المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٢٨٦ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٩ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٨٧ من التقنين العراقي التي تتفق مع المادة ٢٦٦ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٢٢٤ من التقنين الكويتي التي تتفق مع المادة ٢٢٦ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٣٩٧ من التقنين الأردني .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٨٩ من المجلة على أن « البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح والشرط لغو » . . . . .

ونصت المادة ٣١٩ من مرشد الحبران على أن « التعليق على مستحيل لغو غير معتبر » . انظر كذلك المواد ٣٢١ - ٣٢٦ و ٣٤٩ - ٣٥١ من مرشد الحبران .

#### ( مادة ٢٥٣ )

لا يعتبر الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٧ من التقنين الحالي مع تعديل لفظي بسيط .

وتطابق المادة ٣٢٥ من التقنين الكويتي مع اختلاف لفظي بسيط .  
انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٣٨٧ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٢ و ١٣ .

#### ( مادة ٢٥٤ )

لا يقوم الالتزام المعلق على شرط واقف الا اذا تحقق الشرط . على انه يجوز للدائن ، قبيل تحقق الشرط ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه .

هذه المادة تقابل المادة ٢٦٨ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط . أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه » .

وقد أدخل على هذه المادة تعديل لفظي في صدر النص . واستبدلت عبارة « لا يقوم الالتزام » بعبارة « فلا يكون نافذا » ، لأن التعبير المختار هو التعبير الصحيح . وبذلت منها الإشارة إلى عدم قابلية الالتزام للتنفيذ القهري أو الاختياري ، لأن هذا مستفاد سميح من الحكم الوارد في صدر النص أو من الحكم الوارد في نهايته .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٢٦ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢٨٨ من التقنين العراقي التي تنص على أن « العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط » .

وتقابل المادة ٣٩٨ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا ينفذ التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد الا اذا تحقق الشرط » .

انظر في الفقه الاسلامي مادة ٢/٣١٧ من مرشد الحبران التي تنص على أن « المعلق يتأخر انعقاده سببا إلى وجود الشرط فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه » .

## ( مادة ٢٥٨ )

١ - إذا كان الالتزام مضافاً الى أجل واقف . فإنه لا يكون نافذاً الا في الوقت الذي ينقضي فيه الاجل . على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الاجل ، ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص ان يطالب بتأمين اذا خشي افلاس المدين او اعساره واستند في ذلك الى سبب مفعول .

٢ - ويترتب على انقضاء الاجل الفاسخ انتهاء الالتزام ، دون ان يكون لهذا الانتهاء اثر رجعي .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٤ من التقنين الحالي . مع تعديل لفظي توخيا للدفعة .

وتطابق المادتين ٣٣٠ و ٣٣٥ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢٩٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - العقد المضاف الى اجل واقف ينمقد سبباً في الحال ولكن يتأخر وقت وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه .

٢ - والعقد المقترون بأجل فاسخ يكون نافذاً في الحال ولكن يترتب على انتهاء الاجل انقضاء العقد .

انظر في الفقه الاسلامي م ٣٢٠ من مرشد الحيران .

## ( مادة ٢٥٩ )

١ - يفترض في الاجل أنه ضرب لمصلحة المدين ، الا اذا تبين من العقد او من نص القانون او من الظروف انه ضرب لمصلحة الدائن او لمصلحة الطرفين معاً .

٢ - واذا نمضى الاجل لمصلحة احد الطرفين ، جاز له ان ينزل عنه بارادته المنفردة .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تطابق المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالي . ولكن حذفت هذه الاخيرة في لجنة المراجعة لان حكمها مستفاد من تطبيق المبادئ العامة .

وتطابق المادة ٢٩٤ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٣١ من التقنين الكويتي .

والفقرة الثانية منها تطابق في حكمها المادة ٤٠٥ من التقنين الاردني التي تنص على أنه : اذا كان الاجل لمصلحة اى من الطرفين فله ان يتنازل عنه بارادته المنفردة .

انظر في الفقه الاسلامي م ٢١٢ من مرشد الحيران .

## ( مادة ٢٦٠ )

اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة او الميسرة عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الاجل ، مراعي في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومتقضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه .

## ( مادة ٢٥٥ )

١ - يترتب على تحقيق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . ويكون الدائن ملزماً برد ما اخذه ، فاذا استحال الرد لسبب يرجع اليه وجب عليه التعويض .

٢ - على ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٩ من التقنين الحالي مع تعديل لفظي بسيط .

وتطابق في حكمها المادة ٢٨٩ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٩٩ من التقنين الاردني .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢٧ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٢٥٦ )

١ - اذا تحقق الشرط استند اثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط .

٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعي اذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٩٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الكويتي .

## الفرع الثاني

## الاجل

## ( مادة ٢٥٧ )

١ - يتون الالتزام لأجل اذا كان نفاذه او انقضاؤه مترتباً على امر مستقبل محقق الوقوع .

٢ - ويعتبر الامر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً . ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧١ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٢٩١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يجوز ان يقترون العقد بأجل يترتب على حوله تنجيز العقد او انقضاؤه » .

وتقابل المادة ٤٠٢ من مشروع التقنين الاردني التي تنص على أنه « يجوز اضافة النصرف الى اجل يترتب عليه حلول احكام نفاذه او انقضائه » .

انظر في الفقه الاسلامي م ٣٢٠ ، ٣٢٧ ، و ٣٢٨ و ٣٥١ من مرشد الحيران و م ١٥٦ و ١٥٧ و ٢٤٨ من المجلة .

« ١ - يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار، فإذا اطلق الخيار بدون مدة ، حددت له المحكمة المدة المناسبة بناء على طلب أي من الطرفين .

٢ - وإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تصدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تصدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم انتقل الخيار إلى المدين » .

انظر في الفقه الاسلامي ٣١٨ من المجلة .

#### ( مادة ٢٦٤ )

ينقل خيار التعيين إلى الوارث .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تطابق المادة ٣٠٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٠٩ من التقنين الاردني .

وتطابق المادة ٣٣٩ من التقنين الكويتي .

وما تنص به المادة المقترحة ليس الا تطبيقاً للقواعد العامة .

وحكمها مقرر في الفقه الاسلامي ( انظر البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٥٧ و ٢٦٢ م ٣١٩ من المجلة وم ٤١٤ من مرشد الحيران ) .

#### ( مادة ٢٦٥ )

١ - إذا كان خيار التعيين للمدين ، وهلك احد الاشياء التي اشتمل عليها العقد . تركز اختيار المدين في الاشياء الباقية . وإذا هلكت الاشياء جميعها بسبب اجنبى انقضى الالتزام .

٢ - وإذا هلكت الاشياء جميعها ، وكان المدين مسئولاً عن هذا الهلاك ولو فيما يتعلق باحد هذه الاشياء ، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شيء هلك .

المادة الأولى من هذه المادة مستحدثة .

واقترع الثانية منها تطابق في حكمها المادة ٢٧٧ من التقنين الحالي التي تنص على انه « إذا كان الخيار للمدين ، لم استحال تنفيذ كل من الاشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسئولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الاشياء كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه » .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٣٠١ من التقنين العراقي التي تنص على انه « إذا كان خيار التعيين للمدين وهلك احد الشيئين في يده كان له ان يلزم الدائن بالثاني ، فان هلكا معا انفسخ العقد .

وخيار التعيين في الفقه الاسلامي ، وهو الذي يقابل التخيير في الالتزام التخييري ، لا يجوز ان يقع على اكثر من اشياء ثلاثة ، ويلزم فيه ذكر المدة التي يتم فيها الخيار على خلاف في الرأي ، ويكون الخيار اما للمشتري أو للبائع حسب الشرط ( راجع المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ٥٥ . البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٥٧ . فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٥ ص ١٣١ . عبد الرزاق السهري ، الوسيط ج ٣ ص ١٤١ و ١٤٢ هامش ١ ) .

وانظر ايضا م ٣١٦ من المجلة وم ٤١٠ من مرشد الحيران .

والظاهر ان نقل الملكية في خيار التعيين في الفقه الاسلامي يستند إلى الماضي في حالة ما اذا كان الخيار للمشتري أي للدائن ( انظر البدائع ج ٥ ص ٢٦١ - ٢٦٢ . عبد الرزاق السهري ، الوسيط ج ٣ ص ١٦٥ هامش ١ )

#### ( مادة ٢٦٣ )

١ - إذا كان خيار التعيين للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تصدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين اجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين الشيء .

٢ - أما إذا كان خيار التعيين للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تصدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضي اجلاً إن طلب المدين ذلك . فإذا انقضى الاجل انتقل الخيار إلى المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٦ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « خيار التعيين » بلفظ « الخيار » ايثاراً للتعبير الذي يستعمله الفقه الاسلامي . واستبدال كلمة « الشيء » في نهاية الفقرة الأولى بعبارة « محل الالتزام » .

وتقابل المادة ٢٩٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار .

٢ - فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار إلى المدين » .

وتقابل المادة ٤٠٨ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يجب في التصرف التخييري تحديد مدة الاختيار .

٢ - فإذا لم يحدد المتعاقدان مدة في العقد أو انقضت المدة المحددة لاحدهما دون أن يختار جاز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة تحديد مدة الخيار أو محل التصرف » .

وتقابل المادة ٢٣٧ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

### الفصل الثالث

#### تعدد طرفي الالتزام

#### الفرع الأول

##### التضامن

#### ( مادة ٢٦٧ )

التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون .

- هذه المادة تطابق المادة ٢٧٩ من التقنين الحالي .
- وتطابق المادتين ٣١٥ و ٣٢٠ من التقنين العراقي .
- وتطابق المادتين ٤١٢ و ٤٢٦ من التقنين الاردني .
- ونقابل المادة ٣٤١ من التقنين الكويتي .
- انظر في الفقه الاسلامي : البسيط ج ١١ ص ١٧٤ - ١٧٧ و ج ٣٠ ص ١٧٤ - ١٨٠ . البدائع ج ٦ ص ٤١ - ٥١ و ٧٣ و ٧٤ و ٧٦ .

#### ( مادة ٢٦٨ )

١ - يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بكل الدين ، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين .

٢ - ولا يجوز للمدين اذا طالبه احد الدائنين المتضامنين بالوفاء ان يحتج على هذا الدائن باوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له ان يحتج على الدائن المطالب باوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن ، وباوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨١ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط في الفقرة الاولى ، حيث استبدلت عبارة « بكل الدين » بلفظ « بالوفاء » .

- وتطابق في حكمها المادة ٣١٦ من التقنين العراقي .
- وتطابق في حكمها المادة ٤١٥ من التقنين الاردني .
- وتطابق المادة ٣٤٢ من التقنين الكويتي .

ويعرف الفقه الاسلامي نظام التضامن ، سواء بين الدائنين أو بين المدينين .

فالتضامن بين الدائنين يقوم في شركة المفاوضة ، سواء كانت شركة اموال أو شركة اعمال أو شركة وجوه ، متى كان الدين ناشئا من اعمال التجارة . فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالتمن اذا باع أحدهم مالا للشركة ، ويعتبرون كذلك دائنين متضامنين بالتمويض اذا اغتصب شخص مالا للشركة . كذلك يقوم التضامن بين الدائنين في شركة العنان اذا كانت شركة اعمال ، فالشركاء دائنون متضامون

واذا كان المدين مسئولاً عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشبطين فيكون ملزماً ان يدفع قيمة آخر شيء هلك .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢٨ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا كان خيار التبعين للمدين وهلك أحد الشبطين في يده كان له ان يلزم الدائن بالشئ الثاني ، فان هلكا جميعا انقضى الالتزام .

٢ - واذا كان المدين مسئولاً عن الهلاك ولو فيما يتعلق بأحد الشبطين كان ملزماً ان يدفع قيمة آخر شيء هلك .

وتطابق في حكمها المادة ٤١٠ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا كان الخيار للمدين وهلك أحد الشبطين في يده كان له ان يلزم الدائن بالثاني وان هلكا مما بطل العقد .

٢ - فاذا كان المدين مسئولاً عن الهلاك ولو بالنسبة الى أحد هذه الاشياء كان عليه ان يدفع قيمة آخر ما هلك منها .

انظر في احكام الهلاك في خيار التبعين في الفقه الاسلامي : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ح ٣ ص ١٧٥ و ١٧٦ في الهامش . الحطاب ج ٤ ص ٤٢٥ م ٤١١ - ٤١٣ من مرشد الحيران .

#### الفرع الثاني

##### الالتزام البدلي

#### ( مادة ٢٦٦ )

١ - يكون الالتزام بدليا اذا لم يشمل العقد الاشياء واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر .

٢ - والاصل ، لا البديل ، هو وحده المعقود عليه وهو الذي يحدد طبيعة الالتزام .

هذه المادة تقابل المادة ٢٧٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يكون الالتزام بدليا اذا لم يشمل محله الاشياء واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر .

٢ - والشئ الذي يشمله محل الالتزام ، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بادائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٢٠٢ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٤١١ من التقنين الاردني .

وتقابل المادة ٣٤٠ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي م ٥٣ من المجلة .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الواردة في المادة المقترحة مراعاة لان الملك ينتقل بالعقد ، وليس تنفيذ الالتزام يقع على عائق المدين .

• وقد حددت صياغة هذه المادة الأخيرة على النحو الوارد في المادة المقترحة . مع الإبقاء على حكمها .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢١٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٤٤ من التقنين الكويتي .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٤١٤ من التقنين الأردني .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ٦ ص ٧٠ و ٧٢ و ٧٤ و ٧٦ و ١٦٩ و ١٧١ و ١٧٢ - ١٨٧ من مرشد الحيران .

#### ( مادة ٢٧١ )

كل ما يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ، ويقتسمونه بالتساوي الا اذا وجد اتفاق او نص يفرض بغير ذلك .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢٨٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - كل ما يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتعاضون فيه .

٢ - وتكون القسمة بينهم بالتساوي ، الا اذا وجد اتفاق او نص يفرض بغير ذلك » .

وتطابق المادة ٣١٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٤٥ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ٦ ص ٥٩ و ٦١ و ٦٦ و ١٧١ و ١٧٢ - ١٨٧ من مرشد الحيران .

#### ( مادة ٢٧٢ )

١ - يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين او منفردين ، ويراعى في ذلك ما يلحق وابطلة كل مدين من وصف يعدل من اثر الدين .

٢ - ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء ان يحتج باوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له ان يحتج باوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٥ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢١ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٢٨ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٤٦ من التقنين الكويتي .

بالاجر المستحق . وانظر التضامن بين الدائنين يجعل لكل دائن ان يطالب المدين بكل الدين ، واذا وفي المدين احد الدائنين كل الدين برئت ذمته نحو الجميع . ويرجع الدائنون على شريكهم الذي قبض الدين ، كل منهم بحصته ، وحصلهم دائماً متساوية في شركة المفاوضة . والتضامن بين الدائنين في شركة المفاوضة يقوم على فكرة الوكالة . فكل شريك وكيل عن الآخر في القبض والتعاضى وفي جميع حقوق العقد . وبفهم التضامن بين الدائنين في شركة العنان على تضامنهم كمدينين ، فالشركاء مدينون متضامنون في التزامهم بالعمل فيكونون دائنين متضامنين في حقهم في الاجر .

انظر في التضامن بين الدائنين وبين المدينين في الفقه الاسلامي : شفيق شحاته النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ص ٣٠٣ - ٣٧٨ . وانظر : عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج ٣ ص ٢٣٥ في الهامش ١ .

#### ( مادة ٢٦٩ )

١ - يجوز للمدين ان يوفى الدين لاي من الدائنين المتضامنين ، الا اذا ائذره دائن آخر بان يمتنع عن ذلك .

٢ - ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين وونه احد الدائنين المتضامنين ، الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٠ من التقنين الحالي مع تعديل لفظي في الفقرة الاولى التي تقول : « اذا كان التضامن بين الدائنين - جاز للمدين ان يوفى الدين لاي منهم ، الا اذا مانع احدهم في ذلك » .

وتطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الكويتي .

والفقرة الاولى منها تطابق المادة ٣١٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الكويتي .

وينصح مما تقدم ذكره ان حكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة مقرر في الفقه الاسلامي .

#### ( مادة ٢٧٠ )

١ - اذا برئت ذمة المدين قبل احد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين الا بقدر حصة هذا الدائن .

٢ - واذا اتى احد الدائنين المتضامنين عملاً من شأنه الاضرار بغيره من الدائنين ، فلا ينفذ هذا العمل في حقهم .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢٨٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا برئت ذمة المدين قبل احد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله .

٢ - ولا يجوز لاحد الدائنين المتضامنين ان يأتى عملاً من شأنه الاضرار بالدائنين الآخرين » .



٢ - وإذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين بطريق حوالة الدين فإنه يبرأ معه المدينون الآخرون إلا إذا رضوا بالحوالة .

#### ( مادة ٢٧٤ )

يترتب على تجديد الدين بين الدائن واحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٢٣ من التقنين العرفي .

وتطابق المادة ٤٢٦ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٤٨ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٢٧٥ )

لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا الدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٧ من التقنين الحالي . مع استبدال لفظ « يحتج » بلفظ « يتمسك » .

وتطابق المادة ٢٢٤ من التقنين العرفي .

وتطابق المادة ٣٤٩ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها ما تنص به المادة ٤٣٠ من التقنين الأردني .

#### ( مادة ٢٧٦ )

إذا اتحدت الذمة بين الدائن واحد مدينية المتضامنين ، فإن الدين لا يتقضى بالنسبة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصة الدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٢٥ من التقنين العرفي .

وتطابق المادة ٣٥٠ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها ما تنص به المادة ٤٣٠ من التقنين الأردني .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ٦ ص ١٤

#### ( مادة ٢٧٧ )

١ - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا درج الدائن بذلك .

٢ - فإذا لم يصدر منه هذا التصريح ، فليس له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة الدين الذي أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين ، وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بصحته في الدين .

وكما رأينا فيما تقدم فإن الفقه الاسلامي يعرف نظام التضامن سواء بين الدائنين أو بين المدينين .

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء في شركة المعاوضة . ولو نشأ الدين من غير أعمال التجارة : مادام ذا صبغة مالية . وينوم كذلك في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال ، فيكون الشركاء متضامنين في التزامهم بالعمل . وهم أيضا مدينون متضامنون بالتعويض المستحق في حالة هلاك الشيء المسلم لهم ، أو كان الهلاك منسوباً لأحد منهم دون الآخرين . وهناك أيضا تضامن اتفاقي بين المدينين . فإذا نشأ الالتزام من مصدر واحد وكان محلله واحد وتعبد المدينون وكفل بعضهم بعضاً كانوا جميعاً مدينين متضامنين . والتضامن بين المدينين . سواء كان اتفاقياً أو قانونياً ( في شركتي المعاوضة والعنان ) . يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين . ومن ثم فاحكام الكفالة هي التي تسري ، ويجوز للدائن أن يرجع على أي مدين بكل الدين بصفته أصيلاً عن نفسه . وكذلك يجوز لأي مدين أن يفي بالدائن وكفلاء المدينين الآخرين ، وكذلك يجوز لأي مدين أن يفي بالدائن الدين كله بصفته أصيلاً وكفلاً . وإذا وفى أحد المدينين الدين كله للدائن ، رجع على المدينين الآخرين كتكفل إذا كانت الكفالة بأمرهم : وله أن يرجع على كل منهم بحصته ، كما له أن يرجع على أي منهم بحصته ونصيبه في حصص الآخرين ثم يرجعان معا بالباقي على سائر المدينين .

ويتبين من هذا أن الكفالة هي التي جعلت أساساً للتضامن السليبي في الفقه الاسلامي .

( انظر في التضامن بين الدائنين وبين المدينين في الفقه الاسلامي : شفيق شحاتة ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ص ٣٠٣ - ٣٧٨ . وانظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ ص ٢٣٥ و ١٣٦ في الهامش .

وانظر كذلك : م ط ج ٢٠ ص ٢٨ و ٣٤ . البدائع ج ٦ ص ١٠ . المبسو ١٩٠ من مرشد الحيران .

#### ( مادة ٢٧٨ )

إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمة الباقيين .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢٨٩ من التقنين الحالي التي نص على أنه . إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاة أحدهم الدين سري ذمة الباقيين .

وتطابق المادة ٤٢٧ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٣٢٢ من التقنين العرفي التي تنص على أنه « إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عيناً أو بمقابل أو بطريق الحوالة برئت ذمته وبرأ معه المدينون الآخرون » .

وتقابل المادة ٣٤٧ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - يترتب على وفاة أحد المدينين المتضامنين بالدين عيناً أو بمقابل براءة ذمته وبراءة باقي المدينين .

وتطابق المادة ٢٢٣ من التقنين الأردني .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ١ ص ١١ و ج ٦ ص ١١ .

#### ( مادة ٢٨٠ )

١ - اذا امتنع سماع الدعوى بسبب التصادم بالنسبة الى احد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين الا بقدر حصه هذا المدين .

٢ - واذا انقضت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى او وقف سريانها بالنسبة الى احد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن ان يتمسك بذلك قبل باقي المدينين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٢ من التقنين الحالي ، مع تعديل لعنق اقتضاء استعمال تعبير « عدم سماع الدعوى بسبب التصادم » بدلا من « انقضاء الدين بالتقادم » .

وتطابق المادة ٣٢٩ من التقنين العراقي .

تطابق المادة ٣٣٤ من التقنين الاردني .

وتطابق المادة ٣٥٤ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٢٨١ )

١ - لا يكون المدين المتضامن مسئولاً في تنفيذ الالتزام الا عن فعله .

٢ - واذا اعلز الدائن احد المدينين المتضامنين او قاضاه ، فلا يكون لذلك اثر بالنسبة الى باقي المدينين . اما اذا اعلز احد المدينين المتضامنين الدائن ، فان باقي المدينين يستفيدون من هذا الاعذار .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٢٥ من التقنين الاردني .

وتطابق المادة ٣٥٥ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٢٨٢ )

اذا تصالح الدائن مع احد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين او براءة الذمة منه بآلة وسيلة اخرى ، استفادته الباقون . اما اذا كان من شان هذا الصلح ان يرتب في ذمتهم التزاما او يزيد فيما هم ملتزمون به ، فانه لا ينفذ في حقهم الا اذا قبلوه .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣١ من التقنين العراقي .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٩ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٥١ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٢٦ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - اذا ابراء الدائن احد المدينين المتضامنين سمعت عنه الدين » ولا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك .

٢ - فاذا لم يصدر منه هذا التصريح فليس له ان يطالب باقي المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصه المدين الذي ابراءه » .

وتطابق في حكمها المادتين ٤٢٠ و ٤٣١ من التقنين الاردني .

المادة ٤٣٠ من هذا التقنين تنص على انه « اذا انقضت حصه احد المدينين المتضامنين في الدين بطريق القاصة او اتحاد المدينين او الابراء فان الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين الا بقدر حصه هذا المدين » .

والمادة ٤٣١ من هذا التقنين تنص على انه « اذا لم يوافق الدائن على ابراء باقي المدينين المتضامنين من الدين فليس له ان يطالبهم بغير الباقي بعد خصم حصه المدين الذي ابراءه الا اذا احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين وعندئذ يحق لهم الرجوع على المدين بحصته فيه » .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ١ ص ١١ و ج ٦ ص ١١

#### ( مادة ٢٧٨ )

اذا ابراء الدائن احد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقي حقه في الرجوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتلق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٣٢ من التقنين الاردني .

وتطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي : البدائع ج ١ ص ١١ و ج ٦ ص ١١ .

#### ( مادة ٢٧٩ )

١ - في جميع الاحوال التي يبرئ فيها الدائن احد المدينين المتضامنين ، سواء اكان الابراء من الدين ام من التضامن ، يكون لباقي المدينين ان يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه في حصه المعسر منهم وفقا للمادة ٢٨٦ .

٢ - على انه اذا اخذ الدائن المدين الذي ابراءه من كل المسؤولية عن الدين ، فان الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصه المعسر .

هذه المادة تطابق المادة ٢٩١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٥٣ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها الجزء الاول من المادة ٢٣٩ من التقنين الاردني.

( مادة ٢٨٦ )

إذا أعتق أحد المدينين المتضامنين تحمل نفعه هذا الأعتقار المدين الذي ولى بالدين ، وسائر المدينين المورسين ، كل بقدر حصته .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٩٨ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٢٤ فقرة ثانية من التقنين العراقي .

• وتطابق في حكمها الجزء الأخير من المادة ٢٣٩ من التقنين الاردني.

• وتطابق المادة ٣٥٩ فقرة ثالثة من التقنين الكويتي .

• انظر في الفقه الاسلامي : المبسوط ج ٢٠ ص ٢٩ و ٢٤ و ٢٨ البدائع ج ٦ ص ١٤ و ١٥ .

( مادة ٢٨٧ )

إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحملة كله نحو الباقيين .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٩٩ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٣٥ فقرة ثانية من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٤٤٠ من التقنين الاردني .

• وتطابق المادة ٣٦٠ من التقنين الكويتي .

• انظر في الفقه الاسلامي : المبسوط ج ٢٠ ص ٢٩ و ٢٤ و ٢٨ البدائع ج ٦ ص ١٤ و ١٥ .

الفرع الثاني

عدم العاطية للانقسام

( مادة ٢٨٨ )

يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

( أ ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم .

( ب ) إذا تبين من الغرض الذي وصى اليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تفليده منقسماً ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك .

• هذه المادة تطابق المادة ٣٠٠ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٢٦ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٣٦١ من التقنين الكويتي .

• وتطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الاردني .

• وتطابق المادة ٣٥٦ من التقنين الكويتي .

( مادة ٢٨٣ )

١ - إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الأفراد في حق الباقيين .

٢ - وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه الى الدائن شيئاً حلفها ، فلا يقصر بذلك باقى المدينين .

٣ - وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستدلون من ذلك .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٩٥ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٢٢ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٤٣٧ من التقنين الاردني .

• وتطابق المادة ٣٥٧ من التقنين الكويتي .

( مادة ٢٨٤ )

١ - إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتاج بهذا الحكم على الباقيين .

٢ - أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان انعكاس مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٩٦ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٢٢٣ من التقنين العراقي .

• وتطابق المادة ٤٣٨ من التقنين الاردني .

• وتطابق المادة ٣٥٨ من التقنين الكويتي .

( مادة ٢٨٥ )

١ - إذا ولى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقيين إلا بقدر حصته في الدين ، ولو كان بما له من حق الطول قد رجع بدعوى الدائن .

٢ - وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

• هذه المادة تطابق المادة ٢٩٧ من التقنين الحالي .

• وتطابق المادة ٣٥٩ فقرة أولى وثانية من التقنين الكويتي .

• وتطابق في حكمها المادة ٢٢١ فقرة أولى من التقنين العراقي .

أما إذا كان الأجنبي غير مدني للمدين ، أو كان مدينا ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين في المذهب الحنفي ، فهذه هي الحوالة المطلقة . فإذا تصورنا أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبي ، كانت هذه حوالة للدين بالمعنى الدقيق ، وهذه لا يسلم بها الفقه الإسلامي . خلافا لما يقال عادة . فهي عنده أقرب إلى أن تكون كفالة أو تجديد ، من أن تكون حوالة للدين . وقد قدمنا أن الكفالة في الفقه الإسلامي هي الأصل في التضامن ، وهي هنا أيضا الأصل في الحوالة . وإذا تصورنا كذلك في الحوالة المطلقة أن الدائن هو الذي يريد أن يحيل حقه للأجنبي ، كانت هذه حوالة للحق بالمعنى الدقيق . وحوالة الحق أيضا لا يسلم بها الفقه الإسلامي بوجه عام . خلافا لما يقال عادة . ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لا يسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها في حدود معينة .

وحوالة الدين في الفقه الإسلامي تدخل في منطقة الوفاء بالدين لافي منطقة بيعه أو انتقاله ( انظر في هذا المعنى ابن القيم نقلا عن ابن تيمية في اعلام الموقعين ج ١ ص ٣٤١ ) .

ويخلص من هذا أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى الدقيق المعروف في فقه القانون الوضعي . فهي في الفقه الإسلامي إما تمديد أو كفالة في المذهب الحنفي ، وهي تجديد للدين بتغيير المدين وبتغيير الدائن في المذاهب الأخرى<sup>(١)</sup> .

واقر الفقه الإسلامي حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الأخرى . ويعتمد الفقه الإسلامي في مشروعية الحوالة على حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم ، حيث قال : « مطلق الغنى ظلم » ، وإذا اتبع أحدكم على ملء قلبه تبع .

( انظر في هذا الموضوع : البدائع ج ٦ ص ١ - ١٩ فتح القدير ج ٥ ص ٤٤٣ - ٤٥٢ . الزيلعي ج ٤ ص ١٧١ - ١٧٥ . الفناوي الهندية ج ٣ ص ٢٩٥ - ٣٠٦ . ابن عابدين ج ٤ ص ٤٤٦ - ٤٥٩ . بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥٠ - ١٥٢ . الخرشني ج ٦ ص ١٦ - ٢١ . الخطاب ج ٥ ص ٩٠ - ٩٦ . القرائن الفقهية لابن جزى ٢٢٧ . المهذب ج ١ ص ٣٢٨ و ٣٢٩ . الفتن ج ٤ ص ٥٢١ - ٥٢٤ . صبحي محمدي ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ٣٤١ - ٣٥٦ . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠ ص ٤٣٠ - ٤٣٧ ) .

وانظر : م ٦٧٣ - ٧٠٠ من المجلة وم ٨٥٩ - ٨٩١ من مرشد الحيران .

وانظر كذلك : م ٩٩٣ - ١٠١٧ من التقنين الأردني .

## الفصل الأول

### حوالة الحق

( مادة ٢٩١ )

١ - يجوز للدائن أن يعول حقه إلى شخص آخر . إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام . وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين .

ونطبق في حكمها المادة ٤٤١ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا يقبل التصرف بالثبوت إذا ورد على محل تباين طبيعة أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها » .

( مادة ٢٨٩ )

١ - إذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للانقسام ، أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا ، فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إبداء الشيء محل الالتزام .

٢ - ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٤٢ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٦٣ من التقنين الكويتي .

( مادة ٢٩٠ )

١ - إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا .

٢ - وللمدين الذي وفى بالدين حق الرجوع على الباقي . كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠١ من التقنين الحالي .

ونطبق المادة ٢٣٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٤٣ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الكويتي .

## الباب الرابع

### انتقال الالتزام

#### انتقال الالتزام في الفقه الإسلامي :

يعرف الفقه الإسلامي الحوالة . وهو يفرق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة . وفي كل من الحوالتين يوجد دائن ومدين وأجنبي محال عليه ، وهذا الأجنبي هو الذي يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة .

فإذا كان هذا الأجنبي المحال عليه مدينا للمدين أو كان في يده له ودعية أو عين منصوبة ، وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذي في ذمته للدائن بالحق الذي له في ذمة الأجنبي ، فهذه هي الحوالة المقيدة . وهي أقرب إلى أن تكون طريقا من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق . ونقراها المذاهب جميعا ، على خلاف بينهما في الصياغة القانونية .

٢ - وإذا كانت الحوالة بعوض ، فيشترط فيها أن يجعل العوض ، وإذا كان العوض من جنس الحق المحال به ، وجب أن يكون مساويا له .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٣٠٣ من التقنين الحالي .  
وتطابق المادة ٣٦٢ من التقنين العراقي ، مع اختلاف لفظي .  
وتطابق المادة ٣٦٤ من التقنين الكويتي ، مع اختلاف لفظي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٤٢٧ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١١٣ و ١١٤ .

الفقرة الثامنة من المادة المقترحة مستحدثة .

وبمقتضاها اذا كانت الحوالة بعوض ، فيشترط فيها أن يجعل هذا العوض . وهذا الشرط مأخوذ من مذهب الامام مالك . حيث يجب أن يجعل الثمن . والا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ . وهو بيع الدين بالدين ( الشرح الكبير ج ٤ ص ١٦٥ ) .

وإذا كان العوض من جنس الحق المحال به ، فيشترط لذلك أن يكون العوض مساويا للحق . فإذا اشترى المشتري الدين بنس من جنسه أقل من قيمته ، كان سلفا بمنفعة ويدخله الربا .

والمذهب المالكي ، دون المذاهب الثلاثة الاخرى ، الحنفى والشافعى والحنبل ، يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وبيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين لغير الدين ، وهي حوالة حق عن طريق التبرع ، ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام .

ويشترط لانعقاد بيع الدين الى غير الدين ، وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة ، ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط المذهب المالكي الى جانب ذلك شروطا اخرى هي :

(١) الا يكون الدين حقا متنازعا فيه ، لان شراء ما فيه خصومة غير جائز . (٢) الا يكون الدين طعاما في ذمة الدين ، لان بيع الطعام قبل قبضه ممنوع . (٣) الا يكون الثمن من جنس الدين ، اذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفا بمنفعة ويدخله الربا . (٤) أن يجعل الثمن ، والا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . (٥) الا يكون المشتري خصما للمدين ، والا كان في هذا اعنات للمدين بتسليط خصمه عليه .

انظر في ذلك : المدونة الكبرى للامام مالك ج ٩ ص ١٢٨ - ١٣٠ .  
التساوى على التحفة ج ٢ ص ٤٧ . المسننورى ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠ ص ٤٣٤ و ٤٣٥ .

وانظر المادة ٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ( الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٢٧ . مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٦٨ ) .

وقد اعتمد المشروع من هذه الشروط الشرطين الواردين في الفقرة الثامنة من المادة المقترحة .

( مادة ٢٩٢ )

لا تجوز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للجزء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٤ من التقنين الحالي ، مع استبدال « قدر » بلفظ « بقدر » .

وتطابق المادة ٣٦٤ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٦٥ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٤٢٩ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١١٢ و ١١٤ .

( مادة ٢٩٣ )

لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين او في حق الغير الا اذا قبلها المدين او اعلن بها . على ان نفاذها في حق الغير بقبول المدين يستلزم ان يكون هذا القبول ثابت التاريخ .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٥ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي باستبدال عبارة « في حق » بلفظ « قبل » .

وتطابق المادة ٣٦٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٦٦ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٤٣٠ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١١٦ .

( مادة ٢٩٤ )

يجوز قبل اعلان الحوالة او قبولها ان يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل اليه .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠٦ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٦٧ من التقنين الكويتي .

( مادة ٢٩٥ )

ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعه وضماناته . وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من اقساط .

## ( مادة ٢٩٨ )

- ١ - اذا كانت الحوالة بموجب فلا يضمن المحيل الا وجود الحق  
المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .
- ٢ - اما اذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامنا حتى  
لوجود الحق .

- عده المادة تطابق المادة ٢٠٨ من التقنين الحالي .  
وتطابق المادة ٢٦٨ من التقنين العراقي .  
وتطابق المادة ٢٧١ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٢٩٩ )

- ١ - لا يضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على  
هذا الضمان .

- ٢ - واذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان  
الا الى اليسار وقت الحوالة . ما لم يتفق على غير ذلك .

- عده المادة تطابق المادة ٢٠٩ من التقنين الحالي .  
وتطابق في حكمها المادة ٢٦٩ من التقنين العراقي التي تطابق  
الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

- وتطابق في حكمها المادة ٣٧٢ من التقنين الكويتي التي  
تطابق الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

## ( مادة ٣٠٠ )

- اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين،  
فلا يلزم المحيل الا برد ما اخذ من المحال له مع المصروفات ، ولوجود  
اتفاق يقضى بغير ذلك .

- عده المادة تقابل المادة ٢١٠ من التقنين الحالي التي تنص على انه  
« اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين ،  
فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات :  
ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

- وقد عدلت صياغة نص التقنين الحالي بما يجعل الحكم اوضح  
كما حذفت منه لفظ « الفوائد » اتساقا مع ما تقدم النص عليه من  
تحرير للربا .

- وبلاحظ ان وضع حد أقصى لمقدار ما يرجع به المحال له هو  
من انظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته . وقد قصد به  
نظم السبيل على المربين الذين يستغلون حاجة الناس فيشتركون  
عرنهم بأبخس الأثمان ، ثم يشترطون لانفسهم حق الرجوع بها  
كاملة عليهم اذا لم يشترطوها كاملة من المحال عليهم .

هذه المادة تقابل المادة ٣٠٧ من التقنين الحالي التي تنص على  
ان « تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما  
تعتبر شاملة لما حل من فوائد وانساق » .

وقد عدل النص التقنين الحالي على نحو يتضح منه كل ما تشمله  
الحوالة . كما حذفت منه لفظ « فوائد » اتساقا مع ما تقدم النص عليه  
من تحرير للربا .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٦٥ من التقنين العراقي التي  
تنص على انه « ينتقل الحق الى المحال له بصفته وضماناته كالكفالة  
والامتياز والرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد وانساق » .

وتقابل المادة ٣٦٨ من التقنين الكويتي التي تنص على ان  
« ينتقل الحق الى المحال له بصفاته ونوابه وامتيازاته » .

## ( مادة ٢٩٦ )

يجب على المحيل ان يسلم الى المحال له سند الحق المحال به ، وان  
يقدم له وسائل اثبات هذا الحق . وما هو ضروري من بيانات لممكنه  
من حقه .

هذه المادة مستحدثة

وهي تطابق المادة ٤٢٤ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي  
التي حذفت في لجنة المراجعة .

وتطابق المادة ٢٦٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٦٩ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٢٩٧ )

للمدين ان يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له ، وقت  
تقاضي الحوالة في حقه . ان يتمسك بها قبل المحيل . كما يجوز له ان  
يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة .

عده المادة تطابق المادة ٢١٢ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٢٦٦ من التقنين العراقي التي تنص على  
ان « للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له ،  
عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه ، ان يحتج بها على المحيل كما  
يجوز له ان يحتج بالدفع الخاصة بالمحال له وحده » .

وتطابق في حكمها المادة ٣٧٠ من التقنين الكويتي التي تنص  
على ان « للمدين ان يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له ، وقت  
تقاضي الحوالة في حقه ، ان يحتج بها على المحيل ، كما يجوز له ان يحتج  
بالدفع الخاصة به في مواجهة المحال له » .

والمادة المقترحة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٧٣ من التقنين الكويتي .

وتطابق المادة ٣٧٠ من التقنين العراقي ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تذكر الفرائد ضمن ما يلزم المحيل برده كما هو الحكم في نص التقنين الحالي .

#### ( مادة ٣٠١ )

يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط عدم الضمان .

هذه المادة تطابق المادة ٣١١ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظ بسيط

وتطابق في حكمها المادة ٣٧١ من التقنين العراقي التي تنص على أن « يضمن المحيل تعديبه حتى لو كانت الحوالة بغير عوض وحتى لو اشترط عدم الضمان » .

وتطابق في حكمها المادة ٣٧٤ من التقنين الكويتي التي تنص على

ما يأتي : ١ - يكون المحيل مسئولاً عن تعويض المحال له عما يلحقه من ضرر بسبب أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض .  
٢ - ويقع باطلاً كل شرط يقضي بغير ذلك .

#### ( مادة ٣٠٢ )

إذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٧٣ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٧٥ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٣٠٣ )

١ - إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر .

٢ - وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماً ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٧٤ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٧٦ من التقنين الكويتي .

### الفصل الثاني

#### حوالة الدين

#### ( مادة ٣٠٤ )

تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٥ من التقنين الحالي .

ونقابل المادة ١/٣٣٩ من التقنين العراقي التي تنص على أن حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

وتقابل المادة ٩٩٣ من التقنين الأردني التي تنص على أن : « الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » .

ونقابل المادة ١/٣٧٧ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه » .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة ٨٧٠ من مرشد الحبران على أنه « إذا قبل المحتال الحوالة ورضى المحتال عليه بها برى المحيل وكفيله أن كان له كفيل من الدين ومن المطالبة مما وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال » .

ونصت المادة ٦٧٣ من المجلة على أن « الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى » .

( أنظر رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٢٨٨ )

#### ( مادة ٣٠٥ )

١ - تنقصد الحوالة التي تتم بين المدين الأصلي والمحال عليه موقوفة على قبول الدائن .

٢ - وإذا قام المدين الأصلي أو المحال عليه بإعلان الحوالة إلى الدائن ، وعين له أجلاً مقولاً لقبول الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة .

## ( مادة ٣٠٧ )

يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسرا وقت قبول الدائن  
للهوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٩ من التقنين الحالي ، مع استبدال  
لفظ « قبول » بلفظ « اقرار » .

وتقابل المادة ٣٢٩ من التقنين العراقي التي تنص على انه :

« اذا ضمن المحيل يسار المحال عليه فلا يتصرف هذا الضمان الا  
الى اليسار وقت الهوالة ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتقابل المادة ١٠١١ من التقنين الأردني التي تنص على انه  
« اذا ضمن المحيل للمحال له يسار المحال عليه فلا يتصرف هذا الضمان  
الا الى يساره وقت الهوالة ما لم يتفق على غير ذلك » .

وفي العمه الاسلامي يعتبر حكم النص المترح تطبيقا للقاعدة التي  
تنص عليها المادة ١١ من المجلة ، حيث تقول : « الاصل اضافة  
الحادث الى اقرب اوقاته » .

## ( مادة ٣٠٨ )

يجوز كذلك أن تتم حوالة الدين بانداء بين الدائن والمحال عليه  
يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه .

هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٣٢١ من التقنين  
الحالي ، مع استبدال كلمة « كذلك » بكلمة « ايضا » .

اما الفقرة الثانية من هذه المادة الاخيرة فنقول « ونسرى في هذه  
الحالة احكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠ » . وهي تشير بذلك الى ان  
الدين في هذه الصورة الثانية للهوالة ينتقل بضماناته وما يتصل به  
من دعوى . كما هو الشأن في الصورة الاولى للهوالة . وقد حذرت  
هذه الفقرة بعد نقل المادة المقترحة الى موضع متقدم يأتي قبل  
انص من الضمانات والدعوى ، بحيث يتضح من سياق المواد ان  
انتقال الدين بضماناته ودفعه يصنف على كل من صورتي الهوالة .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين  
الحالي ( م ٥٥٥ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥٧ و ١٥٨ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٣٧٩ من التقنين الكويتي التي تنص  
على انه « تصح الحوالة بانعاني بين الدائن والمحال عليه ولكن اذا  
لم يقرها المدين الأصلي فلا يكون للمحال عليه حق في الرجوع عليه  
طبقا لاحكام حوالة الدين » .

وتقابل المادة ٣٤١ من التقنين العراقي التي تنص على انه « يصح  
عقد الهوالة بين الدائن والمحال عليه . ويلزم المحال عليه بالاداء  
ولكن ليس به الرجوع على المدين الأصلي الا اذا اقر المدين الهوالة » .

هذه المادة تقابل المادة ٣١٦ من التقنين الحالي التي تنص على  
ما يأتي :

١ - لا تكون الهوالة نافذة في حق الدائن الا اذا اقرها .

٢ - وانما قام المحال عليه أو المدين الأصلي باعلان الهوالة الى  
الدائن . وعين له اجلا معقولا ليفر الهوالة ثم اعطى الاجل دون ان  
يصدر الاقرار . اعتبر سكوت الدائن رفضا للهوالة .  
« قد ادخل على هذه المادة الواردة في التقنين الحالي التعديلات  
الآتية :

اولا - عدلت صياغة الفقرة الاولى بحيث تصح الهوالة مودعة  
على قبول الدائن .

ثانيا - استبدل في الفقرة الثانية لفظ « الفبول » بلفظ « الاقرار » .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢٤٠ من التقنين العراقي مع  
اختلاف لفظي .

وتقابل المادة ٣٧٨ من التقنين الكويتي التي تطابق نص التقنين الحالي .

والفقرة الاولى منها تطابق المادة ٢/٩٩٦ من التقنين الأردني .

وفي العمه الاسلامي نصت المادة ٦٨٣ من المجلة على ان « الهوالة  
الى اجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفه على قبول المحال  
نه وهذا يطابق ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة المقترحة .

( انظر مع الفدير ج ٦ ص ٣٤٧ . الكاساني ج ٦ ص ١٦ . وقارن :  
« صور بن ادريس » كتاب القناع ج ٢ ص ١٨٧ ) .

( وانظر بحرصا لراى الحمية والحمالة في هذا الموضوع في مذكرة  
المشروع التمهيدى للتقنين الحالي في مجموعه الأعمال التحضيرية  
ج ٣ ص ١٤٠ و ١٤١ ) .

## ( مادة ٣٠٦ )

١ - اذا لم يحدد الدائن موقفه من الهوالة قبولا او رفضا ، كان  
المحال عليه ملزما قبل المدين الاصل بالوفاء . للدائن في الوقت المناسب  
ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض  
الدائن الهوالة .

٢ - على انه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء  
للدائن ، ما دام هو لم يقر بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد  
الحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٣١٧ من التقنين الحالي مع استبدال  
لفظ « قبولا » بلفظ « اقرارا » في الفقرة الاولى . واجراء تعديل لفظي  
في صياغة هذه الفقرة .



## ( مادة ٣١٠ )

المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان المدين الأصلي من دفعات متعلقة بذات الدين . كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢٢٠ من التقنين الحالي التي تنص على أن « للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها . كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة » .

وتطابق في حكمها المادة ٣٤٩ من التقنين العراقي التي تنص على « للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفعات متعلقة بذات الدين وليس له أن يتمسك بما كان من الدفع خاصة بشخص المحيل وإنما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصا بشخصه هو » . وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدى للتقنين الحالي في فقرته الأولى ( م ٤٥٣ ) . ويتفق في الحكم مع نص التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ١٠٠٥ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٢٨٢ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٨٧٥ من مرسوم الحيران على أن « ينحول الدين على المحتال عليه بصعته التي على المحيل » . وترتب المادة على ذلك بأن الدين يحتفظ في كنف المحال عليه بمشخصاته . كما لو كان حالا أو مؤجلا . ومؤدى هذه القاعدة من الناحية المنطقية جواز تمسك المدين الجديد بالدفع قبل الدائن ( انظر مذكرات المشروع للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥٥ ) وانظر كذلك المادة ١٠٠٣ من التقنين الأردني .

## ( مادة ٣١١ )

١ - لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا انتقال الدين المضمون بالرهن الى ذمة المشتري الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك .

٢ - فاذا انفق البائع والمشتري على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة ان يفرها او يرفضها في ميعاد لا يتجاوز ستة اشهر ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون ان يبت برأى اعتبر سكوتة اقرارا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٢ من التقنين الحالي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٤٥٦ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٦٦-١٦٤ .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٦٨١ من المجلة على انه « يصح عقد الحوالة بين المحال له وامحال عليه وحدهما » . ومؤدى هذا ان الحوالة يصح ان تنعقد بمعزل عن المدين الأصلي ، لان تحصيل الدين عنه يتمحصل لمنفعته ( ابن عابدين ، رد المحتار ج ٦ ص ٢٢٢ ) .

## ( مادة ٣٠٩ )

١ - يبقى للدين المحال به ضماناته .

٢ - ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا كان او شخصا ، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة .

هذه المادة تطابق المادة ٢١٨ من التقنين الحالي . وتطابق المادة ١٠٠٤ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها ما ينص به المادة ٢٨١ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - ينتقل الدين الى المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته .

٢ - ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينيا كان او شخصا ملتزما قبل المحال له الا اذا رضى بالحوالة .

وتطابق في حكمها المادة ٣٤٨ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المدين . فاذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر او أحال المشتري البائع بالثمن على آخر فلا يسقط حق المرتهن في الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع . اما اذا أحال المرتهن غريبا له على الراهن فان حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهنا للمحال له ، وكذا اذا أحال البائع غريبا له على المشتري بالثمن يسقط حقه في حبس العين المبيعة .

٢ - على ان من كفل الدين المحال به كفالة شخصية او عينية لا يكفل المحال عليه الا اذا رضى الكفيل بالحوالة .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٨٧٠ من مرسوم الحيران على انه : « اذا قبل المحتال الحوالة ورضى المحتال عليه بها رضى المحيل وكفيله . ان كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه غير ان برائة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال » .

ونصت المادة ٦٩٠ من المجلة على ان « حكم الحوالة هو ان يبرا المحيل من الدين ، وكفيله من الكفالة ان كان له كفيل ويثبت للمحال له حق مطالبة ذلك الدين من المحال عليه واذا أحال المرتهن احدا على الراهن فلا يبقى له حق حبس الرهن ولا صلاحية توقيفه » .

وينضج من هذا ان الكفيل عند الحنفية يبرا بمجرد قبول الدائن للحوالة .

واكن الراى عند محمد ان الدائن يستبقى حقه في حبس الرهن المقدم من المدين نفسه ( انظر مذكرات المشروع التمهيدى للتقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥٢ و ١٥٣ ) .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢٣٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به ، وأن يتون ذا اهلية للنصرف فيه .

١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى فيه ينقضي به الالتزام ، إذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى .

وفد ادخلت على هذه المادة تعديلات في الصياغة واللفظ على النحو الوارد في النص المقترح .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٣٩٢ من التقنين الكويتي .

وتقابل المواد ٢٧٦ و ٢٧٧ و ٢٧٨ من التقنين العراقي .

فالمادة ٢٧٦ من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط لتنفيذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه فان استحق بالبيينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه » .

والمادة ٢٧٧ تنص على أنه « إذا كان الدين صغيرا ممبزا أو كبيرا معنوها أو مجبورا عليه لسفه أو غفله ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » .

والمادة ٢٧٨ تنص على أنه « لا يصح للمدين أن يوفى دين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدى هذا الوفاء إلى الاضرار ببقية الدائنين » .

ويلاحظ أن المادة المقترحة تطابق في حكمها المادتين ٢٧٦ و ٢٧٧ من هذا التقنين .

وتقابل المادتين ٣١٨ و ٣١٩ من التقنين الأردني .

فالمادة ٣١٨ من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط للبراءة من الدين أن يكون الموفى مالكا لما وى به وإذا كان الدين صغيرا ممبزا أو كبيرا معنوها أو مجبورا عليه لسفه أو غفله ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى » .

والمادة ٣١٩ تنص على أنه « لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين إذا كان الدين مجبورا للدين ووفى من المال المحجور أو مريضا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين » .

ويلاحظ أن المادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٣١٨ من هذا التقنين .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٢١٩ من مرشد الحبران على أنه « إذا كان المدينون صغيرا ممبزا أو كبيرا معنوها أو مجبورا عليه لسفه ودفع الدين الذي عليه صح دفعه وبرئت ذمته » .

ونصت المادة ٢٢١ على أنه « يشترط لتنفيذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه فان استحق بالبيينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه » .

ويتضح من هذا أن المادة المقترحة تنفق في أحكامها مع احكام الفقه الاسلامي .

#### ( مادة ٣١٤ )

إذا وفي المدين دين بعض الدائنين وهو في مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فادى الوفاء بالدين إلى الاضرار ببقية الدائنين ، فان الوفاء لا ينفذ في حق هؤلاء الباقيين .

## الباب الخامس

### انقضاء الالتزام

#### الفصل الاول

##### الوفاء

#### الفرع الاول

##### طرقا الوفاء

#### ( مادة ٣١٢ )

١ - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة في الوفاء .

٢ - ويصح الوفاء أيضا ممن ليست له مصلحة في الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته . على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .

٣ - وفي جميع الأحوال فإنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٢٢٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة في الوفاء . وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ .

٢ - ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .

وفد روى في المادة المقترحة اضافة فقرة ثالثة تتضمن التحفظ المنص اليه في نص التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٢٧٥ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٢١٧ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٣٩١ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٩٦ من مرشد الحبران على أنه « يجوز وفاء الدين من المديون الأصليين ومن الكفيل ان كان له كفيل أو من شريكه ان كان الدين مشتركاً » . ونصت المادة ١٩٧ على أنه « يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره » .

#### ( مادة ٣١٣ )

١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به ، وأن يكون أهلا للنصرف فيه .

٢ - ومع ذلك فالوفاء بالدين المستحق من ناقص الاهلية يكون صحيحا إذا لم يلحق الوفاء ضررا به .

## هذه المادة مستحدثة .

وهي تقضي بأن الوفاء الذي يصدر من المدين المعسر في مرض موته لبعض دائته لا يتغل في حق الدائنين منهم لما يؤدي اليه من الاضرار بهم . فيكون لهؤلاء ان يطلبوا استرداد ما دفعه المدين . ويقسم بين جميع الدائنين نسبة الغرماء .

وهي تعتبر تطبيقاً لما يقرره الفقه الاسلامي في تصرفات المريض مرض الموت .

وهي تطابق في حكمها المادة ٣٧٨ من التقنين العراقي التي تنص على انه « لا يصح للمدين ان يوفي دين احد غرمائه في مرض موته اذا ادى هذا الوفاء الى الاضرار ببقية الدائنين » .

وتطابق في حكمها ما جاء في المادة ٣١٩ من التقنين الاردني التي تنص على انه « لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الاخرين اذا كان المدين محجوراً للدين ووفى من المال المحجور او مريضاً مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين » .

## ( مادة ٣١٥ )

١ - اذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه .

٢ - ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير ارادته ان يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه ، كلاً او بعضاً ، اذا اثبت ان له مصلحة في الاعتراض على الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٢٣٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٢٩٥ من التقنين الاردني مع اختلاف لغتي بسيط في الفقرة الثانية .

انظر في النسخة الاسلامي المادتين ١٩٨ و ٢٠٥ من مرشد الحيران .

## ( مادة ٣١٦ )

اذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الاحوال الآتية :

( ا ) اذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين او ملزماً بوفائه عنه .

( ب ) اذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً اخر مقدماً عليه بماله من

تأمين عيني ، ولو لم يكن الموفى أي تأمين .

( ج ) اذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين

حصى العقار لضمان حقوقهم .

( د ) اذا كان هناك نص خاص بقرار للموفى حق الطول .

وتطابق المادة ٣٧٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٧٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٩٥ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٣١٧ )

للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين ان يتفق مع هذا الغير على ان يحل محله . ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح ان يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٧ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الاولى من المادة ٣٨٠ من التقنين العراقي . فيما عدا ان هذه الاخيرة تشترط ان يكون الاتفاق بورقة رسمية . كما كان الامر في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي .

وتطابق النسخة الاولى من المادة ٣٩٥ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٣١٨ )

يجوز ايضاً للمدين اذا افترض مالا وفي به الدين ان يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ، ولو بغير رضاه هذا الدائن ، على ان يذكر في عقد القرض ان المال قد خصص للوفاء . وفي المخالصة ان الوفاء نان من هذا المال الذي اقترضه الدائن الجديد .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٨٠ من التقنين العراقي ، فيما عدا ان هذه الاخيرة تشترط ان يكون الحل بورقة رسمية ، كما كان عليه الامر في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي .

وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٣١٩ )

من حل قانوناً او اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلقاه من توابع ، وما يتكفله من ناهيات ، وما يرد عليه من دفعات . ويكون هذا الحل بانقضاء الذي اداءه من حل محل الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٨١ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٩٦ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٣٢٠ )

١ - اذا وفي غير المدين الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضر الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ - واذا حل شخص اخر محل الدائن فيما بقي له من حق . رجع من حل اخيراً هو ومن تقدمه في الحول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء .

فإذا تم الوفاء بحسن نية لهذا الدائن الظاهر ، كان الموفى معذوراً في اعتقاده أنه يفي بالدين للدائن الحقيقي في ضوء الاعتقاد بين الناس ، ومن لم يكن هذا الوفاء مبرراً لزمة الدين ، ويبقى من حق الدائن الحقيقي أن يرجع على الدائن الظاهر وفقاً للتواعد العامة .

وتطابق في حكمها المادة ٢٨٤ من القانون العراقي التي تنص على أنه « إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرا ذمة الدين إلا إذا أمر الدائن هذا الوفاء أو تم بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر » .

وتطابق المادة ٤٠٠ من القانون الكويتي ، فيما عدا أن هذه الأخيرة تشير إلى الدائن الظاهر بعبارة « لشخص ظاهر بمظهر الدائن » .

#### ( مادة ٣٢٤ )

إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعداره من الوقت الذي يسجل الدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٤ من القانون العراقي .

وتقابل المادة ٢٨٥ من القانون العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً أو إذا رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين أن يئثر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنداء .

٢ - ولا يتم إعدار الدائن إلا إذا أودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وانلذه بهذا الإيداع » .

وتقابل المادة ٢٢٢ من القانون الأردني التي تنص على أنه « إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً حث يجب قبوله أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، أعز إليه المدين بإعلان وحدد له مدة مناسبة يتم فيها بما يجب عليه لاستيفاء حقه » .

وتطابق في حكمها الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من القانون الكويتي التي تنص على أنه « إذا رفض الدائن بغير مبرر مقبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه برفض الوفاء ، كان للمدين أن يئثره مسجلاً عليه هذا الرفض » .

وفيهما يتعلق بالفقه الإسلامي تراجع ما جاء عن المادة الثالثة .

#### ( مادة ٣٢٥ )

إذا تم إعدار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٥ من القانون العراقي بعد أن حذفت من هذه الأخيرة عبارة « ووقف سريان الفوائد » تمسحاً مع تحريم الربا .

هذه المادة تطابق المادة ٢٢٠ من القانون الحالي .

وتطابق المادة ٣٨٢ من القانون العراقي .

وتطابق المادة ٣٩٧ من القانون الكويتي .

#### ( مادة ٣٢٦ )

إذا وفي حائل العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحائل أن يرجع على حائل لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائل بحسب قيمة ما حازه من عقار .

هذه المادة تطابق المادة ٣٣١ من القانون الحالي .

وتطابق المادة ٣٩٨ من القانون الكويتي .

#### ( مادة ٣٢٧ )

يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٢ من القانون الحالي .

وتطابق المادة ٢٢٠ من القانون الأردني .

وتطابق المادة ٣٩٩ من القانون الكويتي .

وتقابل المادة ٣٨٢ من القانون العراقي التي تنص على ما يلي :

« ١ - يصح دفع الدين للدائن أو وكيله إن كان غير محجور فإن كان محجوراً فلا يصح دفع الدين للدائن بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي أو وصي أو قيم .

٢ - فإذا دفع المدين الدين إلى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من المحجور فللولي أو الوصي أو القيم مطالبة المدين بالدين » . ويلاحظ أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصري . انظر كذلك المادة ٣٢١ من القانون الأردني .

وانظر في الفقه الإسلامي المادتين ٢١٧ و ٢١٨ من مرشد الحيران .

#### ( مادة ٣٢٨ )

إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرا ذمة الدين إلا إذا أمر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه . وتقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان هو الدائن الظاهر

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٣ من القانون الحالي ، فيما عدا استبدال عبارة « هو الدائن الظاهر » في نهاية النص بعبارة « الدين في حياته » ، لأن الحياة لا ترد على الحق الشخصي ، وإنما تتعلق الأمر بمظهر تنويع الشخص على غم الحقيقة ، حيث يظهر أمام الناس ، على أنه الدائن وبحسبه الناس كذلك ، كما هي الحال بالنسبة إلى الوارث الظاهر .

وتقابل المادة ٢٢٥ من التقنين الأردني التي تطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٨٧ من التقنين العراقي المذكورة .

ويتفق حكم التقنين العراقي والتقنين الأردني مع حكم النص المقترح، فيما عدا أن هذين التقنينين يبيحان عند الضرورة عدم استئذان القضاء في بيع الشيء .

#### ( مادة ٣٢٨ )

يكون الا ابداع او ما يقوم مقامه من اجراء جائزا كذلك ، اذا كان المدين يجهل شخصيه الدائن او موطنه ، او كان الدائن عديم الاهلية او ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، او كان الدين متنازعا عليه بين عدة اشخاص ، او كانت هناك اسباب جدية اخرى تبرر هذا الاجراء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٨٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٢٦ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٤٠٣ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٣٢٩ )

يقوم العرض الحقيقي بالنسبة الى المدين مقام الوفاء ، اذا تلاه ابداع يتم وفقا لاحكام قانون المرافعات ، او تلاه اي اجراء مماثل . وذلك اذا قبله الدائن او صدر حكم نهائي بصحته .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٧ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٠٢ من التقنين الكويتي .

وتقابل الفقرة الاولى من المادة ٣٨٦ من التقنين العراقي التي تنص على ان " يقوم الابداع مقام الوفاء اذا قبله الدائن او صدر حكم بصحته " .

#### ( مادة ٣٣٠ )

١ - اذا عرض المدين الدين وابتاع العرض بابداع او باجراء مماثل، جاز له ان يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله ، او ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته . واذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين .

٢ - اما اذا رجع المدين في العرض بعد ان قبله الدائن ، او بعد ان حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، فانه لا يكون لهذا الدائن ان يتوسك بعد ذلك بما يكمل حقه من تأميمات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٠ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط في الفقرة الثانية .

وتطابق المادة ٣٨٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٢٨ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٠٤ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢٢ من التقنين الأردني التي تنص على انه " يترتب على اعذار الدائن ان يصير الشيء محل الالتزام في ضمان الدائن اذا كان من قبل في ضمان المدين وان يصبح للمدين الحق في ابداعه على نفقة الدائن وفي ضمان ما اصابه من ضرر " .

وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة ٤٠١ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي : " فاذا تم الانذار تحمّل الدائن تبعه هلاك الشيء او تلفه واصبح للمدين الحق في ابداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى " .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : " وفي هذه الحالة ( اي الابداع ) تكون نفقات الابداع على الدائن وهو الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء من رقت الابداع ومن هذا الوقت ايضا يقف سريان الفوائد " .

ولم يرد في الفقه الاسلامي تنظيم مفصل على النحو المذكور في المادتين ٣٢٤ ، ٣٢٥ من المشروع في حالة رفض الدائن قبول الوفاء ، وانما ورد في مرشد الحبران نص عام هو نص المادة ٢٠٩ التي تقضي بأنه " اذا عرض المديون مبلغ الدين على غريبة فامتنع من قبضه فله ان يرفع الامر الى الحاكم ليأمره بقبضة " .

#### ( مادة ٣٢٦ )

اذا كان محل الوفاء شيئا معينا بالذات ، وكان الواجب ان يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين بعد ان ينذر الدائن بتسلمه ان يحصل على ترخيص من القضاء في ابداعه . فاذا كان هذا الشيء عقارا او شيئا معينا للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين ان يطلب وضعه تحت الحراسة .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٤ من التقنين الأردني .

وتقابل الفقرة الاولى من المادة ٣٨٧ من التقنين العراقي التي تنص على انه " اذا كان محل الوفاء عقارا او شيئا معينا للبقاء حيث وجد وطلب المدين من المحكمة وضعه تحت يد عدل قام بتسليم الشيء للمدين مقام الابداع " .

#### ( مادة ٣٢٧ )

١ - يجوز للمدين بعد استئذان القضاء ان يبيع بالمزاد العلني الاثبات التي يسرع اليها التلف ، او التي تكلف نفقات باهظة في ابداعها او حراستها ، وان يودع الثمن خزانة المحكمة .

٢ - فاذا كان الشيء له سعر معروف في الاسواق او كان التعامل فيه متداول في البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد الا اذا تعلل البيع بممارسة بالسعر المعروف .

هذه المادة تطابق المادة ٣٢٧ من التقنين الحالي .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٨٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : " واذا كان الشيء يسرع اليه التلف او يكلف نفقات باهظة في ابداعه فانه يجوز للمدين بعد استئذان المحكمة او دون استئذان عند الضرورة ان يبيعه بسعره المعروف في الاسواق فان نذر ذلك فبالمزاد العلني ويقوم ابداع الثمن مقام ابداع الشيء نفسه " .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٢١٥ من مرشد الحبران على الحكم الوارد في الفقرة الاولى .

#### ( مادة ٣٣٣ )

اذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين مصروفات وتعويضات عن التناخير في الوفاء ، وكان ما اداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، استنزل ما ادى من حساب المصروفات ثم من التعويضات ثم من اصل الدين . ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٣ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد ، وكان ما اداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات . خصم ما ادى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من اصل الدين . بل هذا ما لم يتفق على غيره » .

وقد حذف من هذا النص لفظ « الفوائد » واستبدلت به عبارة « تعويضات عن التناخير في الوفاء » لمشيء مع تحريم الربا ، وانساق مع ما تقضى به المادة ٢٣٦ من المشروع التي تنص على انه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود . وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن ان يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التناخير » . كما ادخلت بعض تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٠٧ من التقنين الكويتي . وتطابق في حكمها المادة ٣٢١ من التقنين الاردني التي تنص على انه « اذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين اية نفقات وكان ما اداه لا يفي بالدين مع تلك النفقات حسم ما ادى من حساب النفقات ثم من اصل الدين هذا ما لم يتفق على غيره » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٩٣ من التقنين العراقي التي تطابق نص التقنين الحالي .

#### ( مادة ٣٣٤ )

اذا تعددت الديون في ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما اداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعاً ، جاز للمدين عند الوفاء ان يعين الدين الذي يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانوني او اتفاق يحول دون هذا التمييز .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٢ من التقنين الاردني .

وتطابق المادة ٤٠٨ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ١/٣٩٣ من التقنين العراقي التي تنص على انه « اذا دفع المدين احد دينين واجبين في ذمته وكان احدهما مطلوقاً والآخر مشمولاً بكفالة او برهن او كان احدهما فرضاً والآخر ثمن مبيع او كان احدهما مشركاً والآخر خالصاً او كان الدينان متدينين بوجه من الوجوه واختلف الطرفان في وجهة الدين يعثر قول المدين في تعيين جهة الدفع » . وحكم هذا النص يتفق في مجموعه مع حكم التقنين الحالي .

### الفرع الثاني

#### محل الوفاء

#### ( مادة ٣٣١ )

يكون الوفاء بالشئ المستحق اصلاً . فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره ، ولو كان هذا الشئ مساوياً له في القيمة او كانت له قيمة اعلى .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤١ من التقنين الحالي . مع تعديل لفظي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٠٥ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة ٣٢٩ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلاً عنه دون رضا الدائن حتى لو كان هذا البديل مساوياً في القيمة للشئ المستحق او كانت له قيمة اعلى .

٢ - اما اذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين في العقد فالمدين دفع مثله وان لم يرض الدائن ..

وتطابق في حكمها المادة ٣٩٠ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٣٢٩ من التقنين الاردني المذكورة .

وبضيق التقنين العراقي في المادة ٢٩١ ان « رب الدين اذا ظفر عرضاً بجنسي حقه من مال مدبته وهو على صفته فله الاحتفاظ به » . وهذه المادة مأخوذة من الفقه الاسلامي . وهي لا تتعارض مع القواعد العامة .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ٢٠٨ و ٢٢٢ من مرشد الحبران .

وكذلك رد المحتار على الدرر ٣ ص ٢٧٦ و ٢٧٧ .

#### ( مادة ٣٣٢ )

١ - لا يجوز المدين ان يجبر الدائن على قبول ولاء جزئي لحقه ، ما لم يوجد اتفاق او نص يقتضي بغير ذلك .

٢ - واذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن ان يستوفي الجزء المعترف به ، فليس للمدين ان يرفض الوفاء بهذا الجزء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٢ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي بسيط .

وتطابق المادة ٣٢٠ من التقنين الاردني .

وتطابق المادة ٤٠٦ من التقنين الكويتي .

والفقرة الاولى منها تطابق في حكمها المادة ٣٩٢ من التقنين العراقي التي تنص على انه « اذا كان الدين حالاً فليس للمدين ان يحبس دائنه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلاً للتبعض » .

انظر في الفقه الاسلامي المادة ١٧٧٥ من المجلة والمادة ٢١٦ من مرشد الحيران .

( مادة ٣٣٥ )

اذالم يعين الدين على الوجه المبين في المادة السابقة . كان الاستئصال من حساب الدين الذي حل . فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب اشدها كلفة على المدين ، فاذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٣ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٠٩ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي المادة ١٧٧٥ من المجلة والمادة ٢١٦ من مرشد الحيران .

( مادة ٣٣٦ )

١ - يجب ان يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك .

٢ - على انه يجوز للفاضي في حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص في القانون ، ان ينظر المدين الى اجل مقبول او آجال تنفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٣٤ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤١٠ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادتين ٣٩٤ و ٣٩٥ من التقنين العراقي .

والمادة ٣٩٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - اذا اجل الدين او قسط الى اقساط معلومة فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين او بالتسقط قبل حلول اجله .

٢ - هذا لم يكن الدين مؤجلا او حل اجله وجب دفعه فورا . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعه نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا سرر جسيم .

والمادة ٣٩٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - اذا كان الدين مؤجلا للمدين ان يدفعه قبل حلول الاجل اذا كان الاجل متممضا لمصلحةه ويجبر الدائن على القبول .

٢ - فاذا فسخ المدين الدين قبل حلول الاجل لم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلا كما كان .

وهذه المادة الأخيرة تطابقها المادة ٣٣٥ من التقنين الأردني . وكذلك المادة ٤١١ من التقنين الكويتي . وما ورد في هذه المواد الثلاثة من احكام متفق مع احكام التقنين المصري .

انظر في الفقه الاسلامي المواد ٢١٢ و ٢١٣ و ٢١٥ من مرشد الحيران .

( مادة ٣٣٧ )

١ - اذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك .

٢ - اما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، او في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٧ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٢٦ من التقنين الأردني .

وتطابق في حكمها المادة ٤١٢ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٩٦ من التقنين العراقي الذي تنص على ما يأتي :

١ - اذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة كالمكبلات والموزونات والعروض ونحوها وكان العقد مطلقا لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجودا فيه وقت العقد .

٢ - وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء او في المكان الذي يوجد فيه محل أعماله اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال ما لم يتفق على غير ذلك .

كما نصت المادة ٣٩٧ من التقنين العراقي على انه « اذا ارسل المدين الدين مع رسوله الى الدائن فذلك في يد الرسول قبل وصوله ذلك من مال المدين . وان امر الدائن المدين بان يدفع الدين الى رسول ندفعه اليه وهلك في يده ، فهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين » .

واحكام هذه المادة تتفق مع القواعد العامة .

انظر في الفقه الاسلامي المواد من ٢٨٥ الى ٢٨٧ من المجلة ، والمادة ٢٢٣ من مرشد الحيران .

( مادة ٣٣٨ )

تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٩٨ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٣٣٨ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٤١٣ من التقنين الكويتي .

انظر الفقه الاسلامي المواد من ٢٨٨ الى ٢٩٢ من المجلة .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥١ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « من حيث انه ينقل ملكية شيء » بعبارة « فيما اذا كان ينقل ملكية شيء » لأن العبارة الاولى أدق في الدلالة على المعنى . اذ ان المالك في هذا الوفاء يكون دائما نقل ملكية شيء . والله وددت هذه العبارة في نص المشروع النموذجي لهذا التقنين .

وتطابق المادة ١٠٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤١٥ من التقنين الكويتي .

ومقابل المادة ٣٤١ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تسري احكام البيع على الوفاء الاعصامي اذا كان معادل الوفاء عينا مصبغة عوضا عن الدين . ٢ - وتسري عليه احكام الوفاء في مضاء الدين » .

### الفرع الثاني

#### التجديد والانابة

( مادة ٣٤٢ )

#### بتجديد الالتزام :

اولا - بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على ان يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله او في مصدره .

ثانيا - بتغيير الدين اذا اتفق الدائن مع اجنبي على ان يكون هذا الاجنبي مدنا مكان الدين الاصلي ، وعلى ان تبرا ذمة الدين الاصلي دون حاجة لرضائه ، او اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبي قبل ان يكون هو الدين الجديد .

ثالثا - بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين واجنبي على ان يكون هذا الاجنبي هو الدائن الجديد .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادتين ٤٠١ و ٤٠٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الاسلامي تنص المادة ٢٥٠ من مرشد الحبران على انه :

« يجوز فسخ عقد المداينة الاولى وتجديدها في عقد آخر شراري

المتدائنين » .

( مادة ٣٣٩ )

١ - لمن قام بوفاء جزء من الدين ان يطلب مخالصة بما وفاء مع التأثير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فاذا وفى الدين كله كان له ان يطلب رد سند الدين او الفداء . فان كان السند قد ضاع كان له ان يطلب من الدائن ان يقر كتابة بضاع السند .

٢ - فاذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة . جاز للمدين ان يودع الشيء المستحق ابداءا قضائيا .

هذه المادة تطابق المادة ٣٤٩ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٣٣٩ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « لمن قام بوفاء الدين او جزء منه ان يطلب مخالصة بما وفاء . فاذا رقص الدائن ذلك جاز للمدين ان يودع الدين المستحق ابداءا قضائيا » .

### الفصل الثاني

امضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

#### الفرع الاول

الوفاء بمقابل

( مادة ٣٤٠ )

اذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٠ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٣٩٩ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤١٤ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٣٤٠ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « يجوز للدائن ان يقبل وفاء لدينه شيئا آخر او حقا يؤديه المدين ويخضع الاتفاق على الاعتياض لشروط العقد العامة » . وهذا النص يدخل في نطاق الوفاء بمقابل التجديد بتغيير محل الدين ، لأنه لا يجرى المقابل قاصرا على نقل ملكية شيء . بل يجوز كذلك ان يكون هذا المقابل التزاما .

( مادة ٣٤١ )

يسرى على الوفاء بمقابل ، من حيث انه ينقل ملكية شيء اعطى في مقابلة الدين . احكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها باهلية المتدائنين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث انه يقضى الدين احكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التامينات .



هذه المادة تطابق المادة ٣٥٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤١٩ من التقنين الكويتي .

وتطبق في حكمها المادتين ٤٠٣ و ٤٠٤ من التقنين العراقي .

#### ( مادة ٣٤٧ )

١ - اذا كان هناك تامينات عينيه قدمها المدين لكفالة الالتزام الاصل . فان الاتفاق على نقل هذه التامينات الى الالتزام الجديد تراعى فيه الاحكام الآتية :

( ١ ) اذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين ان يتفقا على انتقال التامينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضررا بالغير .

(ب) اذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد ان يتفقا على استبقاء التامينات دون حاجة الى رضا المدين القديم .

(ج) اذا كان التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين كلتاهم ان يتفقا على استبقاء التامينات .

٢ - ولا يكون الاتفاق على نقل التامينات نافذا في حق الغير الا اذا تم مع التجديد في وقت واحد ، وهذا مع مراعاة الاحكام المتعلقة بالتسجيل او القيد .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٧ من التقنين الحالي ، مع اضافة عبارة « او القيد » في نهايتها ، لكي يكون الشهر وفقا لقانون تنظيم الشهر العقاري او قانون السجل العيني بحسب الاحوال .

وتطابق في حكمها المادة ٤٢٠ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٣٤٨ )

لا ينتقل الى الالتزام الجديد الكفالة . عينيه كانت او شخصية . ولا التضامن . الا اذا رضى بذلك الكفلا والمدينون التضامنون .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٨ من التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٢١ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٣٤٩ )

١ - تتم الانابة اذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين .

٢ - ولا تقتضي الانابة ان تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والاجنبي .

#### ( مادة ٣٤٣ )

١ - لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من اسباب البطلان .

٢ - اما اذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد موقوف ، فلا يكون التجديد صحيحا الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد وان يحل محله .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٣ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « عقد موقوف » بعبارة « عقد قابل للبطلان » جريا على خطة المشروع حيث اخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للبطلان .

والفقرة الاولى منها تنفق مع المادة ٤١٧ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٣٤٤ )

١ - التجديد لا يفترض ، بل يجب ان يتفق عليه صراحة ، او ان يستخلص بوضوح من الظروف .

٢ - وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول الايمان الوفاء او مكانه او كميته . ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التامينات ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٤ من التقنين الحالي ، مع حذف عبارة « او سمر الفائدة » التي وردت بعد كلمة « التامينات » ، تمشيا مع تحرير الربا .

والفقرة الاولى منها تطابق في حكمها المادة ٤١٨ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٣٤٥ )

لا يكون جديدا مجرد تقييد الالتزام في حساب جار . وانما يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره . على انه اذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فان هذا التأمين يبقى ، ما لم يتفق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٥ من التقنين الحالي .

#### ( مادة ٣٤٦ )

١ - يترتب على التجديد ان ينقضي الالتزام الاصل بتوابعه وان ينشأ مكانه التزام جديد .

٢ - ولا تنتقل الى الالتزام الجديد التامينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الاصل الا بنص في القانون ، او اذا تبين من الاتفاق او من الظروف ان نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك .

وتتفق مع المادة ٤٢٣ من التقنين الكويتي ، فيما عدا ان هذا التقنين لا يشترط الا يكون المناب معسرا و انت الانابة .

#### ( مادة ٣٥١ )

يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا او كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٠٧ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٢٤ من التقنين الكويتي

#### الفرع الثالث

#### المقاصة

#### ( مادة ٣٥٢ )

- ١ - للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، اذا كان موضوع كل منهما تقودا او مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خاليا من النزاع ، مستحق الاداء ، صالحا للمطالبة به قضاء .
- ٢ - ولا يمنع المقاصة ان يتاجل ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي او تبرع بها الدائن .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٢ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « يتاجل » في الفقرة الثانية بكلمة « يتأخر » ، مراعاة للدقة في التعبير وتطابق المادة ٤٢٥ من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادتين ٤٠٨ ، ٤٠٩ من التقنين العراقي .

فالمادة ٤٠٨ من هذا التقنين تنص على ان « المقاصة هي اسقاط دين لمطالب شخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه » .

والمادة ٤٠٩ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

- ١ - المقاصة اما جبرية تحصل بقوة القانون او اختيارية تحصل بتراضي المتدينين .
- ٢ - وبشروط حصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا . ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية ، فان كان الدينان من جنسين مختلفين او متفاوتين في الوصف او مؤجلين احدهما حالا والاخر مؤجلا او احدهما قويا والاخر ضعيفا فلا يلتزمان فصاصا الا بتراضي المتدينين سواء اتحد سببهما او اختلف .

هذه المادة تطابق المادة ٣٥٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٠٥ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٢٢ من التقنين الكويتي .

والانابة تفترض اشخاصا ثلاثة : ( ١ ) المنيب وهو المدين الذي ينيب الشخص الاجنبي ليفي الدين الى الدائن . ( ٢ ) المناب وهو هذا الشخص الاجنبي الذي ينيبه المدين ليفي الى الدائن . ( ٣ ) المناب لديه وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الاجنبي لديه ليفي له الدين .

والانابة اما كاملة او قاصرة .

فإذا تضمنت الانابة تجديدا بتغيير المدين . كانت كاملة ، وفيما تبرا ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد . ويتحقق ذلك ، اذا كان المنيب مدينا للمناب لديه . ولم يكن المناب مدينا للمنيب او كان مدينا له ، واتفق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين ، بان يقبل المناب ان يكون مدينا للمناب لديه مكان المنيب .

وقد تنطوى الانابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن ، اذا كان المناب مدينا للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائنه هو المناب لديه بدلا من المنيب .

وهذه الانابة الكاملة التي تضمن تجديدا بتغيير المدين وتجديدا بتغيير الدائن هي التي ترد اليها الحوالة في الفقه الاسلامي في مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة ( انظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٣ فقرة ٢٤٠ ) .

واذا لم تتضمن الانابة تجديدا بتغيير المدين ، كانت انابة قاصرة ، وفيها لا تبرا ذمة المنيب نحو المناب لديه ، فيبقى المنيب مدينا للمناب لديه الى جانب المناب ، ويصير للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد . وهذه الانابة هي التي يغلب وقوعها في العمل .

#### ( مادة ٣٥٠ )

- ١ - اذا اتفق المتعاضدون في الانابة على ان يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، كانت هذه الانابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها ان تبرا ذمة المناب قبل المناب لديه ، على ان يكون الالتزام الجديد الذي ارضاه المناب صحيحا والا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

- ٢ - ولا يفترض التجديد في الانابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الاول .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٠ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي في الفقرة الثانية .

وتطابق المادة ٤٠٦ من التقنين العراقي ، فيما عدا ان هذا التقنين لا يشترط الا يكون المناب معسرا وقت الانابة .

هذه المادة تطابق في حكمها المادة ٣٦٤ من التقنين الحائى التى تنص على ما يلى : « تقع المقاصة فى الديون ايا كان مصدرها وذلك بما عدا الاحوال الآتية :

( ا ) اذا كان احد الدينين شيئا نزع دون حق من ماله وكان مطلوبا رده .

( ب ) اذا كان احد الدينين شيئا مودعا او معارا عازيه استعمال وكان مطلوبا رده .

( ج ) اذا كان احد الدينين حقا غير قابل للحجز .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لغوية على النحو الوارد فى المادة المقترحة توجها للدقة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٢٧ من التقنين الكويتى .

وتقابل المواد ١١٠ و ١١١ و ١١٢ من التقنين العراقى .

فالمادة ١١٠ من هذا التقنين تنص على انه « اذا كان اودع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد ، او كان للمصاحب دين على صاحب العين المنصوبة من جنسها . فلا تصير الوديعة او عين المنصوبة قصاصا بالدين الا اذا تخاصس الطرفان بالتراضى » .

والمادة ١١١ من هذا التقنين تنص على انه « اذا ائلف الدائن عينا من مال الدين وكانت من جنس الدين سقطت قصاصا ، وان كانت خلافه فلا تقع المقاصة دون تراضيهما » .

والمادة ١١٢ من هذا التقنين تنص على انه « اذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول له بالدائن بلنقيان قصاصا من غير رضاهما . وان كان من غير جنس الدين المكفول به فلا يلنقيان قصاصا الا بتراضى الدائن المكفول له ، مع الكفيل لامع الدين » . وحكم هذه المادة يخالف التقنين الحالى والمشروع فى المقاصة القانونية التى تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به ، لان هذين الدينين غير متقابلين ، فاحدهما فى ذمة الدين للدائن ، والاخر فى ذمة الدائن للكفيل لا للمدين . ولكن يجوز للكفيل اذا طاسه الدائن ان يتمسك بالمقاصة فى دين له على الدائن : اذ هو يفى بالدين المكفول عن طريق المقاصة ، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقض الدينان الا من وثت التمسك بالمقاصة .

وتقابل المادةين ٣٤٨ و ٣٤٩ من التقنين الاردنى .

فالمادة ٣٤٨ من هذا التقنين تطابق المادة ٤١٠ من التقنين العراقى .

والمادة ٣٤٩ من هذا التقنين تطابق المادة ٤١١ من التقنين العراقى .

وفى الفقه الاسلامى ، فان المادتين ٢٢٨ و ٢٢٩ من مرشد الحيران تنفقان فى احكامهما مع الفقرتين ا و ب من المادة المقترحة ، ومع المادة ١٠ من التقنين العراقى ، ومع المادة ٣٤٨ من التقنين الاردنى . ومع الفقرتين ا و ب من المادة ٤٢٧ من التقنين الكويتى .

وكذلك ، فان المادة ٢٣٠ من مرشد الحيران تطابق المادة ٤١١ من التقنين العراقى ، والمادة ٣٤٩ من التقنين الاردنى . والتعويض عن التلف فى حكم هذه المواد يجرى عليه حكم القواعد العامة .

وتطابق فى حكمها المواد ٣٤٣ و ٣٤٤ و ٣٤٥ من التقنين الاردنى . والمادة ٣٤٣ من هذا التقنين تنص على ان « المقاصة ايماء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه » .

والمادة ٣٤٤ من هذا التقنين تنص على ان « المقاصة اما جبرية وتقع بقوة القانون او اختيارية تتم باتفاق الطرفين او قضائية وتتم بحكم المحكمة » .

والمادة ٣٤٥ من هذا التقنين تنص على انه « بشرط فى المقاصة الجبرية ان يكون كلا الطرفين دائنا ومدينا للآخر وان يتماثل الدينان جنسا ووصفا واستحقاقا وقوة وضمانا والا يضر اجراؤها بحقوق الغير » .

وفى الفقه الاسلامى تجرى المادة ٢٢٤ من مرشد الحيران بما يطابق المادة ٤٠٨ من التقنين العراقى .

وتطابق المادة ٢٢٥ من مرشد الحيران فى حكمها المادة ١٠٩/١ من التقنين العراقى .

وتطابق الماد ٢٢٦ من مرشد الحيران المادة ٢/٤٠٩ من التقنين العراقى .

وننصح من هذا ان نصوص المشروع والتقنين الكويتى والتقنين العراقى والتقنين الاردنى متفقة فى احكامها .

والمقاصة اما قانونية تقع بحكم القانون ، او اختيارية تتم بإرادة احد الطرفين او باتفاقهما معا ، او قضائية تتم بحكم القاضى . واهم هذه الأنواع الثلاثة هى المقاصة القانونية . وهى التى عني المشروع ببسط احكامها تحت عنوان « المقاصة » . اما المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية فتسرى فى شأنهما القواعد العامة . وهذا هو النهج الذى سار عليه التقنين الحالى .

#### ( مادة ٣٥٣ )

يجوز للمدين ان يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ، ولكن يجب عليه فى هذه الحالة ان يعوفى الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق او الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٣٦٣ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٢٦ من التقنين الكويتى .

#### ( مادة ٣٥٤ )

تقع المقاصة فى الديون ايا كان مصدرها ، وذلك فيما عدا الاحوال الآتية :

( ا ) اذا كان احد الدينين رداً لشيء نزع دون حق من يد ماله .

( ب ) اذا كان احد الدينين رداً لشيء مودع او معار .

( ج ) اذا كان احد الدينين غير قابل للحجز .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٧ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤١٥ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٢٠ من التقنين الكويتي .

وقد نصت المادة ٢٤٥ من التقنين الاردني على ان من سرقت المذبة « الا يضر اجزاها بحقوق الغير » .

#### ( مادة ٣٥٨ )

١ - اذا حول اديان حقه لغيره وقبل المدين الحوالة دون حفظ ، فلا يجوز لهذا المدين ان يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له ان يتمسك بها قبل قبوله للحوالة . ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل .

٢ - اما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن ائتمن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من ان يتمسك بالمقاصة .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤١٧ من التقنين العراقي ، فيما عدا ان له الاخير تضيف في نهاية الفقرة الثانية عبارة « الا اذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد اعلان الحوالة » . وهي العبارة التي كان يتضمنها نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ، ولكن حذفها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لان في القواعد العامة ما يفني عنها . حيث انه بعد اعلان الحوالة ينتقل الدين فلا يكون هناك محل للمقاصة ( مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالي ج ٢ ص ٢٨٧ ) .

وتطابق المادة ٤٢٥ من التقنين الكويتي ، فيما عدا ان هذه الاخرة تضيف في نهاية الفقرة الثانية عبارة « الا اذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد اعلان الحوالة » . وهي العبارة ذكر الآن في خصوص النص العراقي ان هذه العبارة تعني عنها القواعد العامة .

وما جاء في المادة المقترحة يعتبر تطبيقاً آخر للقاعدة الواردة في الفقرة الاولى من المادة السابقة ، وهي التي تنفي بأنه لا يجوز ان تمنع المقاصة اضراراً بحقوق كسبها الغير .

والفقرة الاولى من هذه المادة وكذلك المادة السابقة . نعتبران تطبيقاً للقاعدة انشريعة التي تنفي بأن يؤول في الاعتبار تعاقب حق الغير بالدين .

#### ( مادة ٣٥٩ )

اذا ولي المدين ديناً وكان له ان يطلب المقاصة فيه بحقه ، فلا يجوز له ان يتمسك اضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه ، الا اذا كان يجهل وجود هذا الحق .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤١٦ من التقنين العراقي ، فيما عدا ان هذه الاخرة تضيف في نهايتها عبارة « وكان له في ذلك عذر مقبول » . وهي العبارة التي كان يتضمنها نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ،

#### ( مادة ٣٥٥ )

١ - لا تمنع المقاصة الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل نبوت الحق فيها .

٢ - ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما ، منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة ، ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتحصيلها في الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٢٨ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٤١٢ من التقنين العراقي التي تنص على ان « تمنع المقاصة بقدر الاقل من الدينين » . ولا تمنع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها .

وتقابل المادة ٣٥٠ من التقنين الاردني التي تنص على ان « تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها وتمنع بقدر الاقل من الدينين » .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٢٧٧ من مرشد الحيران على انه « انما تمنع المقاصة بقدر الاقل من الدينين » . وان كان لاحدهما مائة ريال دينا على الآخر والمديون مائة جنيه عليه ومقاصدا يسقط من قيمته الجبهات فصاعدا بقدر الريالات ويبقى لصاحب الجبهات ما بقي منها » .

#### ( مادة ٣٥٦ )

اذا كان الدين قد مضت عليه مدة عدم سماع الدعوى لمرور الزمان ولم يتمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بعدم سماع الدعوى ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي اصبحت فيه المقاصة ممكنة .

هذه المادة تطابق المادة ٢٦٦ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « عدم سماع الدعوى لمرور الزمان » بألفاظ « التقادم » وفقاً لما جرى عليه الفقه الاسلامي .

وتطابق المادة ٤١٤ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٢٥١ من التقنين الاردني .

وتطابق المادة ٤٢٩ من التقنين الكويتي .

وينفي حكمها مع القواعد العامة في الفقه الاسلامي ، حيث ان الاصل في الدين لا تسقط بمضي الزمن ، ومؤدى هذا الاصل هنا وجود دين مستوف لشروط المقاصة على المدين .

#### ( مادة ٣٥٧ )

١ - لا يجوز ان تمنع المقاصة اضراراً بحقوق كسبها الغير .

٢ - فاذا اوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم اصبحت المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز ان يتمسك بالمقاصة اضراراً بالحاجز .

## ( مادة ٣٦١ )

إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن .

- هذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ من التقنين الحالي .
- وتطابق المادة ٤١٩ من التقنين العراقي .
- وتطابق المادة ٤٣٤ من التقنين الكويتي .
- وتطابق في حكمها المادة ٣٥٤ من التقنين الأردني .

## الفصل الثالث

## انقضاء الالتزام دون الوفاء به

## وعدم سماع الدعوى به

## الفرع الأول

## الإبراء

## ( مادة ٣٦٢ )

ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده .

- هذه المادة تطابق المادة ٣٧١ من التقنين الحالي .
- وتقابل المادتين ٤٢٠ و ٤٢٢ من التقنين العراقي .
- فالمادة ٤٢٠ من هذا التقنين تنص على أنه « إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين » .

والمادة ٤٢٢ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « ١ - لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد . وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته . ٢ - ويصح إبراء المبت من دينه » .

وتقابل المادتين ٤٤٤ و ٤٤٥ من التقنين الأردني .

فالمادة ٤٤٤ من هذا التقنين تنص على أنه « إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام » .

والمادة ٤٤٥ من هذا التقنين تنص على أنه « لا يتوقف الإبراء على قبول المدين إلا أنه يرتد برده وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته » .

وتقابل المادة ٩٣٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي : « ١ - ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده .

٢ - ويرتب على الرد إعادة الالتزام بما يلحقه من صاعقات ، وما يضمنه من تأمينات . وما رد عليه من دفع » .

ولكن حدثتها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لأنه مادام المدين بجبل وجود الحق الذي يملك بالمقاصة به فإن هذا الجبل في حده ذاته غير مقبول . وبذلك اكتفى بثبوت الجبل وترك أمر البتة إلى المواءمة العامة ( مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين الحالي ج ٣ ص ٢٩٠ ) .

وتطابق المادة ٣٥٢ من التقنين الأردني ، فيما عدا أن هذه الأخيرة نصيف في نهايتها عبارة « وكان له في ذلك غير مقبول » .

وتطابق المادة ٤٣٢ من التقنين الكويتي .

## الفرع الرابع

## اتحاد الذمة

## ( مادة ٣٦٠ )

إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحد فيه الذمة .

- هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ من التقنين الحالي .
- وتطابق المادة ٤١٨ من التقنين العراقي .
- وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٥٣ من التقنين الأردني .
- وتطابق المادة ٤٣٣ من التقنين الكويتي .

وبلاحظ أن اتحاد الذمة يتحقق في الغالب عن طريق الميراث .

فإذا ورث المدين الدائن ، كانت التركة هي الدائنة للمدين . فيرث المدين الدين الذي للتركة ، فتتحد الذمة في الدين ، لأن الحقوق التي للتركة تنتقل إلى الورثة .

وإذا ورث الدائن المدين ، كانت التركة هي المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث . فتتحد الذمة أيضاً في الدين ، لأن ديون التركة تنتقل إلى الوارث بقدر ما آل إليه من أموال التركة . وقد ذهب رأي إلى أن مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الديون » يحول دون أن تتحد الذمة في الدين في هذه الحالة ، وذلك بحجة أن الدائن لا يرث الدين الذي على التركة ، إذ الديون لا تورث طبقاً لهذا المبدأ ، ومن ثم لا بد من سداد الدين أولاً . فيسوفى الدائن هذا الدين من التركة ، ثم يرث ما بقي منها بعد سداد الديون ، وبذلك ينقضي الدين بطريق الوفاء لا بطريق المقاصة ( انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢٩١ ) . غير أنه يلاحظ على هذا الرأي أن أموال التركة تنتقل إلى الوارث فور الموت بما فيها من حقوق وما عليها من ديون ، وأما يكون التزام الوارث بديون التركة في حدود ما آل إليه من أموالها . ومن ثم فإن اتحاد الذمة يتحقق بقدر الأقل من الدين الذي للوارث والأموال التي آلت إليه بالميراث . والذي يعنيه مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الديون » أن أموال التركة لا تحلص للوارث خلوصاً تاماً إلا بعد سداد الديون . فهذا هو المعنى الصحيح للآلة الكريمة التي تقول : « من بعد وصيته يوصى بها أو دين » .

انظر في الفقه الإسلامي : محمد أبو ذهرة ، أحكام التركات ص ١٧ وما بعدها .

## الفرع الثاني استحالة التنفيذ

### ( مادة ٣٦٤ )

يتقضى الالتزام اذا ابنت المدين ان الوفاء به أصبح مستحيلا عليه  
لسبب اجنبى لايد له فيه .

هذا المادة تطابق المادة ٢٧٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٢٢٥ من التقنين العرفى .

وتطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٢٧ من التقنين الكويتى .

انظر فى هذا المعنى فى الفقه الاسلامى المادتين ٢٥٤ و ١٥٥ من مرشد  
الخيران . وراجع المادتين ٢٩٢ و ٦٠١ من المجلة .

## الفرع الثالث

### عدم سماع الدعوى لمرور الزمان

#### نظرة عامة :

ياخذ التقنين الحالى بمبدأ سقوط الحق الشخصى بالتقادم . ولكن  
المشروع ياخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذى تفره الشريعة الاسلامية .  
نقطة قاعدة اساسية فى هذه الشريعة تستند الى الحديث الشريف ،  
الذى يقول : « لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم » . وبناء على  
ذلك نصت المجلة على ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان . وانه اذا افر  
المدعى عليه بالحق يحكم عليه باقراره دون اعتبار لمرور الزمان  
( م ١٦٧٤ من المجلة ) . ( انظر الاشياء لابن نجيم ص ٨٨ ) . وبهذا  
اخذت جميع المذاهب الفقهية .

الا ان المذهب المالكى والحنفى . وان كانا قد افرا عدم سقوط  
الحق بالتقادم ، الا انهما افرا من جهة اخرى عدم سماع الدعوى بالدين  
بعد مضي مدة معينة .

فى المذهب المالكى اذا سكت صاحب الحق بدون عذر مانع مدة  
من الزمن ، قدرها البعض بعشرين سنة والبعض الآخر بثلاثين سنة ،  
ثم طالب الدائن المدين بعد ذلك وادعى هذا انه دفع الدين فانه يعقد  
بدون بينة ولا تسمع دعوى المدعى . وحجتهم فى ذلك ان اثبات المدفع  
بعد هذه المدة قد لا يكون ميسورا بسبب نسيان الشهود او وفاتهم .  
كما ان تخلف الدائن عن المطالبة بدون عذر ينضم افراا بعدم احقته  
فى هذه المطالبة .

اما الحنفية فقد اقاموا رايهم على الاستحسان لان ترك الدعوى مع  
التمكن بدل على عدم وجود الحق ظاهرا . كما استندوا الى ان طاعة  
ولى الامر فيما لا يصادم الشرع واجبة ، والى ان ولاية القضاء  
مستمدة منه وانها تحتمل التخصيص بالزمان والمكان ( م ١٨٠٠  
و ١٨٠١ من المجلة ) .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٢٢٤ من مرشد الخيران على ان  
« من ابرأ شخصا من حق له عليه يصح البراء عنه وسقط عن المبرأ  
ذلك الحق » .

ونصت المادة ٢٢٩ على انه « لا يوقف البراء على قبول المدبوع . لكن  
اذا رده قبل القبول ارتد » . وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من  
مركته » .

ونصت المادة ٢٤٠ على انه « يشترط لصحة البراء رضا رب الدين .  
فان اكره اكرها معبرا على ابراء مدينه فلا تبرأ ذمته من الدين » .

كذلك نصت المادة ١٥٦٢ من المجلة على انه « اذا ابرأ أحد آخر من  
حق فيسقط حقه وليس له دعوى ذلك الحق » . ونصت المادة ١٥٦٨  
على انه « لا يتوقف البراء على القبول . ولكن يرتد بالرد » .

وينضج من هذا ان حكم النص المقترح مأخوذ من الفقه الاسلامى .  
شأنه فى ذلك شأن النصوص المقابلة فى التقنينات العربية المذكورة  
( انظر . الفساوى الهندية ج ٤ ص ٣٩٠ . رد المحتار ج ٤ ص ٧١٧  
انزلى ج ٤ ص ١٩٨ ) .

### ( مادة ٣٦٣ )

١ - تسرى على البراء الاحكام الموضوعية التى تسرى على كل  
تبرع .

٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط  
لقيامه توافر شكل فرضه القانون او اتفق عليه المتعاقدان .

هذه المادة تطابق المادة ٢٧٢ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٤٤٧ من اتقنين الاردنى .

وتطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٤٢١ من التقنين العرفى التى تنص على انه « يشترط  
لصحة البراء ان يكون المبرء اهلا للتبرع » .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ١٥٤١ من المجلة على انه « لا يصح  
ابراء الصبى والمجنون والمعنوه مطلقا » . ونصت المادة ٢٢٥ من مرشد  
الخيران على انه « يشترط لصحة البراء ان يكون المبرء اهلا بالفا  
اهلا للتبرع » .

ونصت المادة ١٥٧٠ من المجلة على انه « اذا ابرأ المريض الذى فى  
مرض موته احد ورثته من دينه فلا يكون صحيحا وناقصا واما لو ابرأ  
من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله » . ونصت المادة ١٥٧١ على انه  
« اذا ابرأ من تركته مستغرقة بالديون فى مرض موته أحد مديونيه  
فلا يصح ابراؤه ولا ينفذ » .

واحكام الفقه الاسلامى هذه تعنى ما يقضى به النص المقترح من  
سريان احكام التبرع على البراء .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على انه : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان . بناء عليه اذا اقر وأعترف المدعى عليه صراحته في حضور الحاكم بأنه للمدعى عنده حق في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعى فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه . . . » .

ونصت المادة ١٦٦٠ من المجلة على انه « لا تسمع دعوى الدين . . . بعد ان تركت خمس عشرة سنة » .

ونصت المادة ١٦٦٢ من المجلة على ان « المنع في هذا الباب يحث مرور الزمان المنع من استماع الدعوى ليس هو الا مرور الزمان الواقع بلا عذر . . . » .

ونصت المادة ١٦٦٩ من المجلة على انه « اذا ترك احد الدعوى بلا عذر ووجد مرور الزمان على ما ذكر آنفا فكما لا تسمع تلك الدعوى في حياته كذلك لا تسمع من ورثته بعد موته ايضا » .

ونصت المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران على ان « دعوى الدين ايا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة . . . » .

ونصت المادة ٢٥٩ من مرشد الحيران على انه « كما لا تسمع دعوى الدين ممن ترك المطالبة به من غير عذر خمس عشرة سنة كذلك لا تسمع من ورثته بعد موته » .

وبينص مما تقدم ان النص المقترح يعنى في حكمه مع حكم الفقه الاسلامي في هذا الخصوص .

#### ( مادة ٣٦٦ )

١ - لا تسمع الدعوى على المنكر بحق دوري منجدد ، كاجرة المبنى والأراضي الزراعية والرتبات والمعاشات ، بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعي .

٢ - ولا تسمع الدعوى على المنكر بالربع المستحق في ذمة الحائز سببه النية او الربع الواجب على ناظر الوقف اذاؤه للمستحقين بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - « بتقادم بخمس سنوات كل حق دوري منجدد ولو اقر به الدين كاجرة المبنى والأراضي الزراعية ، ومقابل الحكر ، وكالفوائد والإبرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات .

٢ - ولا يسقط الربع المستحق في ذمة الحائز سببه النية ولا الربع الواجب على ناظر الوقف اذاؤه للمستحقين الا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

وبخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في انه يأخذ بمبدأ علم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي بدلا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

ومعاد هذا ان المذهبين المالكي والحنفي قد افرا مبدأ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان ، وببينا ذلك على الاستحسان والضرورات العملية وعدم وجود الحق ظاهرا ومرتبة الاثبات المستتجة من السكون ، على الحق وقطاع الحيل والسرور وسبيل الشهود أو بوجه أو غيابهم .

وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة مرور الزمان المنع سماع الدعوى بثلاث وثلاثين سنة . ومصدرها آخرون بستة وثلاثين « الا ان الحنفية العثمانيين رأوا ان هذه المدة طويلة ، وانها لا تتفق مع تطور المعاملات وحاجات الناس . ولهذا رأوا ان تكون هذه المدة خمس عشرة سنة مع بعض الاستثناءات التي تضمنتها بصوص المجلة .

ولاحظ بهذه المناسبة ان مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ثلاثون سنة . ولكن الفقه الفرنسي ينفذ طول هذه المدة . كما ان مدة التقادم في القوانين الاجنبية الاخرى اقل من ذلك . فبعض هذه القوانين يحددها بثمانين سنة . وبعضها يحددها بخمس عشرة سنة . وبعضها يحددها بغير سنوات .

من اجل ذلك استبقى المشروع مدة التقادم في التقنين الحالي . باعتبار ان القاعدة العامة في مدة عدم سماع الدعوى ان تكون خمس عشرة سنة ميلادية ، وهذه المدة تسرى بالنسبة الى كل الزمان ام يحددها القانون في خصوصه على مدة اخرى . وقد روعي في تحديدها انها المدة التي يأخذ بها الفقه الاسلامي في المجلة وفي مرشد الحيران . وفي مدة مناسبة لا ترهق المدعي ولا تبالغ الدائن . وقد افقها الناس مدة زمن معتدلة .

#### ( مادة ٣٦٥ )

لا تسمع الدعوى بالانزام على المنكر بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي ، فيما عدا الحالات التي وردت فيها احكام خاصة ، وفيما عدا الاستثناءات التالية .

هذه المادة تعادل المادة ٣٧٤ من التقنين الحالي التي تنص على ان « بعدم الانزام باعضاء خمسة عشرة سنة . فيما عدا الحالات التي وردت بمقتضى قانون في القانون . وفيما عدا الاستثناءات التالية » .

وحاشا للنص المقترح نص التقنين الحالي في انه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي بدلا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

والمراد بالمرحلة تطابق في حكمها المادة ٤٢٩ من التقنين العراقي التي تنص على ان « الدعوى بالانزام ايا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة » .

وتطابق في حكمها المادة ٤٤٩ من التقنين الاردني التي تنص على انه « لا ينفذ الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر باعضاء خمسة عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة » .

وتطابق في حكمها المادة ٤٤٢ من التقنين الكويتي التي تنص على انه « لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمعنى خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الاحوال التي يعين فيها القانون مدة اخرى والاحوال المنصوص عليها في المواد التالية » .

٢ - أما الربيع المستحق في ذمة المشرّف أو المتولى على الوقف أو في ذمة الحائز سبب النية فلا تسمع الدعوى به على المنكر بعد تركها بغير عذر شرعي مدة خمس عشرة سنة .

#### ( مادة ٣٦٧ )

لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعي ، إذا كانت بحق من حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء والإسنادة والمعلمين وكلاء انقليسة والسمايرة وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة ، على أن تكون هذه الحقوق مستحقة لهم عما ادوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات .

هذه المادة تقابل المادة ٣٧٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « تقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وكلاء التفليسة والسمايرة والأساتذة والمعلمين على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جراء عما ادوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من الوجوه الآتية :  
( ١ ) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به النفع الاسلامي ، بدلا من مبدأ سقوط الاداء وانقضائه بانعدام الذي يأخذ به التقنين الحالي . ( ٢ ) عم : لنص المقترح الحكم فجعله يشمل كل من يزاول مهنة حرة ، كما كان الامر في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي . ( ٣ ) أدخل النص المقترح بعض تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٤٠ من التقنين الكويتي .

وتطابق البند ١ من المادة ٥١ من التقنين الأردني .

وتقابل البند الأول ( ١ ) من المادة ٤٣١ من التقنين العراقي والبند الاخرى ، حيث تنص على ما يأتي : « ١ - لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية :

١ - حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء وكلاء التفليسة والسمايرة وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جراء عما ادوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات .

٢ - ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو اشغال أو توريدات .

٣ - ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يميناً توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين وتوجه اليمين الى ورثة المدينين أو اوليائهم أن كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ - لكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

ويحاله كذلك في انه يربط بين عدم سماع الدعوى وانكار المدين بالحق في هذه الحالة . بحيث إذا أقر المدين بالحق يحكم عليه بأقراره دون اعتبار لمرور الزمان . وذلك اتفاقاً مع ما يقرره النفع الاسلامي في جميع الحالات التي لا تسمع فيها الدعوى ( م ١٦٧٤ من المجلة وم ٢٥٦ من رمد الحيران ) . اد أن هذا هو الذي سبق مع فكرة عدم سماع الدعوى . على اعتبار أن مرور الزمن ليس إلا مانعاً من المطالبة بالحق دون أن يكون سبباً لسقوطه أو انقضاءه مادام الوفاء به ثم يتم ، الامر الذي يجعل أقرار المدين بالحق مؤدياً الى الحكم عليه بأقراره دون اعتبار لمرور الزمن .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للتقنين الحالي في هذا الصدد ما يأتي : « ولا يقوم التناقص الحمى على قرينة الوفاء . كما هو الشأن فيما عداه من ضروب التقادم ، وإنما يرجع في أساسه الى أن المدين يفرض فيه اداء الديون الدورية المتجددة من ابراده . فلو أجبر على الوفاء بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ، لأفضى ذلك الى تكليفه بما قد يجاوز السعة . وقد جعل للمدين ، تفريغاً على هذا التوجيه ، أن يتمسك بالتقادم بانقضاء تلك المدة ولو بعد اقراره بوجوب الدين في ذمته ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢٠٥ ) .

ويلاحظ على هذا القول أن أقرار المدين بالدين الواجب عليه يعنى أن اوفاء لم يتم ، وبالتالي فإن ذمته ما تزال متسمة بالدين . وأنه يريد أن يبرئ ذمته بهذا الاقرار ، مما لا يسوغ معه أن نتيج له وسيلة للتخلص من الدين رغم عدم الوفاء به . وإذا اردنا أن نأخذ هذا الاقرار على وجهه الصحيح فإنه في أغلب حالاته يعتبر نزولاً عن التمسك بعدم سماع الدعوى . وإذا كان من المسلم أن المدين حين يتمسك بالتقادم رغم عدم الوفاء يتخلف في ذمته التزام طبيعي يقع اوفاء به صحيحاً ، فكيف نتجاهل اقراره بالدين الواجب في ذمته . وموفق كل هذا فإن اعطاء المدين الحق في التمسك بعدم سماع الدعوى رغم اقراره بالدين ، بنامي القاعدة الأساسية في اخريعة الاسلامية التي جاءت في الحديث الشريف : « لا يبطئ حق امرئ مسلم وإن قدم » . فعدم سماع الدعوى ليس الا استثناء يؤخذ به عند الانكار بعد مضي مدة معينة .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٤٣٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٤٣٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - كل حق دوري متجدد كالأجرة والفوائد والرواتب والإيرادات المرتبة لا تسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات .

٢ - أما الربيع المستحق في ذمة الحائز سبب النية والربيع الواجب على متولى الوقف اداؤه للمستحقين فلا تسمع الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة » .

وتقابل المادة ٤٥٠ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا تسمع دعوى المطالبة بأي حق دوري متجدد كالأجرة المباني والأراضي الزراعية والمرتيات والمعاشرات بانقضاء خمس سنوات على تركها بغير عذر شرعي .



وتختلف احكام التقنين العراقي عن احكام النص المقترح من الوجهين الآتيين :

( ١ ) مدة التقادم في التقنين العراقي سنة واحدة كما كان الامر في المشروع التمهيدى للتقنين المصري الحالي . وذلك بدلا من خمس سنوات في النص المقترح وفي التقنين الحالي .

( ٢ ) اوجب التقنين العراقي على المدين ان يحلف بمبنا على ان ذمته مشغولة بالدين ، كما كان الامر في المشروع التمهيدى للتقنين المصري الحالي .

اما ان التقادم يسرى حتى لو بقي الدائن مستمرا فيما يقوم به ، وان تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة . فسيأتي النص علي ما في مادة لاحقة .

#### ( مادة ٣٦٨ )

١ - لانسع على المنكر دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بعد تركها خمس سنوات بغير علم شرعي . وتبدأ هذه المدة في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها ، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء الرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة .

٢ - وكذلك يكون الحكم بالنسبة الى دعوى المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق . وتبدأ المدة المذكورة من يوم دفع هذه الضرائب والرسوم .

٣ - ولا تخل الاحكام السابقة بالاحكام الواردة في قوانين خاصة .

هذه المادة تقابل المادة ٢٧٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تقادم ثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة . ويبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها . وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء الرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة .

٢ - وتقادم ثلاث سنوات ايضا الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق . ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها .

٣ - ولا تخل الاحكام السابقة باحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة » .

وتختلف احكام النص المقترح عن احكام التقنين الحالي من الوجهين الآتيين :

( ١ ) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي ، وذلك بدلا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضاء الذي يأخذ به التقنين الحالي .

( ٢ ) مدة عدم سماع الدعوى في النص المقترح خمس سنوات . وذلك بدلا من التقادم ثلاث سنوات في التقنين الحالي . اذ الغالب في القوانين الخاصة بالضرائب ان يكون سقوط الضريبة بانقضاء خمس سنوات .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٤١ من التقنين الكويتي التي تنص على مايتي : ١٥ - لانسع عند الإنكار دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بمضى خمس سنوات . ويبدأ سريان هذه المدة في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق فيها وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء الرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة .

٢ - وكذلك يكون الحكم اذا ثبت الدعوى بالمطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق . ويبدأ سريان المدة في هذه الحالة من يوم اخطار المول بالنسبة النهائية لتلك الضرائب والرسوم .

وتقابل البند ٢ من المادة ٤٥١ من التقنين الأردني الذي ينص على ما يأتي : « لا تسمع الدعوى عند الإنكار وعدم قيام المذكر الشرعي اذا انقضت خمس سنوات على الحقوق الآتية : ٢ - ما يستحق رده للأشخاص من الضرائب والرسوم اذا دفعت بغير حق دون الإخلال بالاحكام الواردة في القوانين الخاصة » .

#### ( مادة ٣٦٩ )

لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها بغير علم شرعي بسنة واحدة اذا ثبت بحق من الحقوق الآتية : -

( أ ) حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لأشخاص لا يتجررون في هذه الاشياء ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

( ب ) حقوق العمال والخدم والاجراء ، من اجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

هذه المادة تقابل المادة ٢٧٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - تقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

( أ ) حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لأشخاص لا يتجررون في هذه الاشياء ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

( ب ) حقوق العمال والخدم والاجراء ، من اجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

٢ - ويجب على من يمسك بأن الحق قد تقادم سنة ان يحلف انيمين على انه ادى الدين فعلا . وهذه اليمين يوجبها القاضي من تلقاء نفسه وتوجه الى ورثة المدين أو اوصيائهم ، ان كانوا قسرا ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يحدون حصول الوفاء .

وتختلف احكام النص المقترح عن احكام التقنين الحالي من الوجهين الآتيين : ( أ ) يأخذ النص المقترح بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي . وذلك بدلا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضاء الذي يأخذ به التقنين الحالي .

( ٢ ) لم يأخذ النص المقترح بفكرة عين الاستيثاق التي يوجبها القاضي الى المدين أو ورثته أو اوصيائهم ، لان تحليف اليمين يفترض معه سماع الدعوى والحال انها لا تسمع عند الإنكار وانقضاء المدة المقررة .

٢ - وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتمتع سماع الدعوى به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

هذه المادة تقابل المادة ٢٧٩ من التفنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - يبدأ سريان المقام في الحقوق المذكورة في المادتين ٢٧٦ ، ٢٧٨ من الرتب الذي يتم فيه الدائون سدادهم . ولو استمروا يقدمون تقدمات أخرى .

٢ - وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقدم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

ويخالف النص المقترح نص التفنين الحالي في أنه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يعوم به الفقه الإسلامي بدلا من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التفنين الحالي .

والمادة المقترحة تطابق البندين ٢ و ٤ من المادة ٤٢١ من التفنين العراقي وقد تنضم ذكرها .

وتطابق المادة ٥٢ من التفنين الأردني .

وتطابق المادة ٤٤٣ من التفنين الكويتي .

#### ( مادة ٣٧١ )

١ - تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، فيما لم يرد فيه نص خاص ، من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء .

٢ - فيما النسبة الى دين معلق على شرط واقف تبدأ المدة من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة الى دين مؤجل تبدأ المدة من وقت انقضاء الاجل ، وبالنسبة الى ضمان الاستحقاق تبدأ المدة من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق .

٣ - وإذا كان تعيين ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن ، تبدأ المدة من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته .

هذه المادة تقابل المادة ٢٨١ من التفنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء .

٢ - وبخاصة لا يسري التقادم بالنسبة الى دين معلق على شرط واقف الا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط . وبالنسبة الى ضمان الاستحقاق الا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق . وبالنسبة الى الدين المؤجل الا من الوقت الذي ينقضي فيه الاجل .

٢ - وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن ، يسري التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته .

ويخالف النص المقترح نص التفنين الحالي في أنه يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الإسلامي بدلا من مبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه بالتقادم الذي يأخذ به التفنين الحالي .

وبخلافه كذلك فيما أدخل عليه من تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٢٤ من التفنين العراقي .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٥٢ من التفنين الأردني ، فيما عدا ان هذه الأخيرة تجعل المدة سنتين .

وتنديل البند الاول ب و ج من المادة ٢٢١ من التفنين العراقي والبند الاخرى ، حيث تنص على ما يلي : -

« ١ - لا تسمع الدعوى على المتكر بعد تركها من غير مدعى شرعي .

٢ - حقوق الادب . ب - حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لاشخاص لا ينحرون في هذه الاشياء وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

ج - حقوق العملة والحسم والاجراء من اجور يومية وسير يومية ومن ضمن ما داموا به من توريدات .

٢ - ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائون ميسرين فيما يقومون به من خدمات او اعمال او اشغال او توريدات .

٣ - ويجب على من يمسك بدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة ان يحلف بيمين نوجهها المحكمة من تلقاء نفسها على ان ذمته في مشيئة بالدين وتوجه اليمين الى ورثة المدينين او اولادهم ان كانوا محجورين باهم لا يعلون بوجود الدين .

٤ - لكن اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقدم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

ويختلف النص العراقي عن النص المقترح في أنه يوجب على المدين ان يحلف بيمين على ان ذمته منقولة بالدين كما هي الحال في التفنين الحالي .

اما ادر التقادم يسري حتى لو بقي الدائن مستمرا فيما يقوم به ، وان تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، حسبما ينص عليهما في مادة لاحقة .

وتماثل المادة ٤٤٢ من التفنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا تسمع عند الابتكار التدعوى بانقضاء سنة واحدة اذا كانت بحق من الحقوق الآتية :

( ١ ) حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لاشخاص لا يتجرون فيها . وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

ب - حقوق خدم المنازل ومن في حكمهم .

٢ - ويجب على من يمسك بدم سماع الدعوى في الاحوال السابقة ان يحلف اليمين بأنه ادى الدين فعلا . فان كن وارثا للمدين او نائباً قارئاً عنه او عن ورثته حلف اليمين بأنه لا يعلم بوجود الدين او بأنه يعلم بوفائه وتوجه المحكمة هذه من اليمين من تلقاء نفسها .

#### ( مادة ٣٧٠ )

١ - تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٦٧ و ٣٦٩ من الوقت الذي يتم فيه الدائون تقديراتهم .

ولو استمروا يقدمون تقدمات أخرى .

## ( مادة ٣٧٤ )

تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ، ولو كان هذا العذر من قبيل المانع الادبي الذي يحول دون انفاضة بالحق ، او كان واجعا الى مجرد الخوف من له نفوذ وسلطان . وكذلك تقف المدة فيما بين الاصل والنائب .

هذه المادة تقابل المادة ٢٨٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يمنع من سماع الدعوى على الدائن ان يطالب بحقه ولو كان المانع ادبيا ، وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الاصل والنائب .

٢ - ولا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوفر فيه الاصلية او في حق الغائب او في حق الحكوم عليه بعقوبة جنائية اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا .

وتخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من وجوه :  
١ - يشير النص المقترح الى مبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي بدلا من نظام التقادم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

٢ - اضيف الى المانع الادبي من المسالية لعذر شرعي حصة شارع في العذر العالي بغير . ان يكون العذر واجعا الى مجرد اخوف من له نفوذ وسلطان وهذه الاضافة ساحوة من الفقه الاسلامي ، ولها ما يبررها بعد جاء في الخطاب : فلو كان هناك مانع يمنع من سماع الدعوى على الدائن ان يطالب بحقه ولو كان المانع ادبيا ، وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الاصل والنائب .

ونصت المادة ١٦٦٣ من المجلد على أن : اذا كان ارجل مع احد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتناد زمان يغلب خصمه ووجد مرور الزمن لا يكون مانعا لاستماع الدعوى واما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زمان التغلب .

٣ - لا يفرق النص المقترح بين مدة وأخرى من المدة المتفرقة لعدم سماع الدعوى بالسبب الى من لا تتوفر فيه الاصلية والغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية اذا لم يكن لاحدهم نائب يمثله قانونا : حيث يوفر العذر الشرعي الذي يقف المدة ابا كان متنازعا مادام ان ليس هناك نائب يمثل من لا تتوفر فيه الاصلية او النائب او المحكوم عليه بعقوبة جنائية .

بينما يذهب التقنين الحالي الى انه اذا لم تزد المدة على خمس سنوات فان العذر الشرعي الذي يؤدي الى وقفها لا يعتبر متوافرا حتى ولو لم يكن لاي من هؤلاء نائب يمثلها قانونا . والحجة في ذلك ان مدد التقادم التي لا تزيد على خمس سنوات يقوم التقادم فيها على اعتبارات يستتوي عندها القاصر والمحجور بالبالغ الرشيد : والغائب بالحاضر ، والمحكوم عليه بمن لم يحكم عليه . فالحقوق الدورية

والفقرتان الأولى والثالثة منها تطابقان في الحكم المادة ٤٤٥ من التقنين الكوي ، مع بعض الاختلافات اللفظية .

وتطابق في حكمها المادة ٤٥٤ من التقنين الاردني . مع اغفال هذه الاخيرة الذين الموجل .

انظر في الفقه الاسلامي المادة ١٦٦٧ من المجلد . والمادة ٢٥٨ من مرشد الحيران ، حيث سبق احكامها مع ما جاء في الفقرتين الأولى والثانية من النص المقترح .

## ( مادة ٣٧٢ )

نحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوى بالايام ، ولا يحسب اليوم الاول منها ، وتكمل بانقضاء اخر يوم منها .

هذه المادة تقابل المادة ٢٨٠ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي . « تحسب مدة التقادم بالايام ، بالساعات . ولا يحسب اليوم الاول . وتكمل المدة بانقضاء اخر يوم منها » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي في انه يشير الى مبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي . بدلا من مبدأ سقوط الانسرام او انقضاء بالساعات الذي يأخذ به التقنين الحالي . ويخالفه كذلك فيما ادخل عليه من تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٤٤ من التقنين الكوي . وتطابق في حكمها المادة ٤٥٤ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي . « تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوى بالايام . ولا يحسب اليوم الاول منها . وتكمل بانقضاء اخر يوم منها الا اذا كان عطلة رسمية فانه يمد الى اليوم التالي » .

وتطابق في حكمها المادة ٤٣٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي . « تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادي ويكون بالايام لا بالساعات » .

## ( مادة ٣٧٣ )

ولا نسمع الدعوى اذا تركها السلف منه ، ثم تركها الخلف من بعده مدة اخرى ، اذا بلغ مجموع المدينين الحد المقرر لعدم سماعها .

هذه المادة مستحدثة . وبمقتضاها يجوز في حساب المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ان يضم المدة التي ترك السلف الدعوى خلالها الى المدة التي ترك الخلف الدعوى خلالها . بحيث لا نسمع الدعوى اذا كان مجموع هاتين المدينين يبلغ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى .

وهي تطابق المادة ٤٣٢ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٥٥ من التقنين الاردني .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٦٧٠ من المجلد في هذا المعنى على أنه : اذا ترك المورث الدعوى مدة ، وتركها الوارث ايضا مدة . بلغ مجموع المدينين حد مرور الزمان فلا تسمع .

٢ - ويعتبر مانعا بتعذر معه المطالبة بالحق عدم توفر الاهلية في الدائن أو غيبته أو الحكم عليه بمعقوبة جنائية اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا .

والمادة ٤٤٧ من هذا القانون تنص على أنه « اذا وجد سبب يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة الى بعض ذوات الدائن ، فان المدة لا توقف بالنسبة الى بقية الورثة » .

وفي الفقه الاسلامي كذلك انظر المواد ١٥٧ و ٢٥٦ و ٢٦١ من مرشد الحيران .

#### ( مادة ٣٧٥ )

تنقطع ائدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية واو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة ، وبالنسبة ، وبالجزء ، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقة في تفتيس او في توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٢ من التقنين الحالي ، فيما عدا انها تتضمن تعبير « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » بدلا من كلمة « التقادم » الواردة في نص التقنين الحالي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٣٧ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« ١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية واو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة عن غلط مفتقر فان طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها .

٢ - وكانطالبة العضائية الطاب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفتيس او توزيع وبوجه عام اى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى .

وتطابق في حكمها المادة ٤٦٠ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي : « تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية او بأى اجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه » .

وتطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الكويتي .

وفي ائمة الاسلامي انظر المادة ٢٦٠ من مرشد الحيران .

#### ( مادة ٣٧٦ )

١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا اقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا او ضمنيا .

٢ - ويعتبر اقرارا صريحا ان يترك المدين تحت يد الدائن ما لا له موهونا رهنا حيازا تأمينا لوفاء الدين .

هذه المادة تطابق المادة ٢٨٤ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » بكلمة « التقادم » الواردة في نص التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٢٨ من التقنين العراقي .

وتطابق في حكمها المادة ٤٥٩ من التقنين الاردني التي تنص على ان « اقرار المدين بالحق صراحة او دلالة يقطع مرور الزمان المقر لعدم سماع الدعوى » .

استجددة تقادم بحسب سنوات حتى لا تتراكم على المدين فتزحفه . ويعتبر اصحاب ائمة الحرية تقادم بخمس سنوات . والتقادم هنا يقوم على قرينة الوفاء وعدم ارهاق المدين . وحقوق التجار والصناع واصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والاجراء تقادم بسنة واحدة . والتقادم هنا يقوم على قرينة اوفاء .

وبلاحظ على هذا النظر ما تقدم ذكره من ان القاعدة الاساسية في الشريعة الاسلامية ان الحق لا يسقط او يقضى بمرور الزمن . طال هذا الزمن او قصر . وذلك استنادا الى الحديث الشريف الذي يقول : « لا يظلم حق امرئ مسلم وان قدم » ومن ثم كان علم سماع الدعوى استثناء لا يؤخذ به الا اذا توفر شرطاه ، وهما وجود العذر الشرعي الذي يتعذر معه المطالبة بالحق ، وترك الدعوى طوال المدة المقررة لعدم سماعها . وبقابل ذلك ان توافر هذين الشرطين يتحتم به منع سماع الدعوى متى تمسك به المدين . دون نظر الى الاعتبارات الاخرى التي تساق لتبرير التقادم . ولا شك في ان عدم وجود نائب يمثله من لا تتوافر فيه الاهلية او القالب او المحكوم عليه بمعقوبة جنائية يعتبر عذرا شرعيا يحول دون امكان المطالبة بالحق . سواء كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى خمس سنوات او اقل او اكثر من ذلك . فالعذر الشرعي والمدة المقررة لعدم سماع الدعوى امران متلازمان . ولهذا اغفل النص المقترح حكم الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢ من التقنين الحالي .

وغنى عن البيان ان العذر الشرعي هو قيام المانع الذي يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ، وانما اثر المشروع ان يستعمل في هذا المقام تعبير « العذر الشرعي » الذي جرت به افلام الفقهاء المسلمين لبلاغته في الاجاز والدلالة .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادتين ٤٣٥ و ٤٣٦ من التقنين العراقي .

فالمادة ٤٣٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « ١ - تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي ، كان يكون المدعي صغيرا او محجورا وليس له ولي او غائبا في بلاد اجنبية ثابتة او ان يكون الدعوى بين الزوجين او بين الاصول والفروع او ان يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه .

٢ - والمدة التي تمضي مع قيام العذر لا تعتبر » .

والمادة ٤٣٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « اذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين » .

وتطابق في حكمها المادتين ٤٥٧ و ٤٥٨ من التقنين الاردني .

فالمادة ٤٥٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « تقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق » . ولا تحسب مدة قيام العذر في المدة المقررة » .

والمادة ٤٥٨ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « اذا ترك بعض الورثة الدعوى بحق مورثهم المدة المقررة لسماع الدعوى عند عذر شرعي وكان لبعض الآخر عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر انصبتهم » .

وتطابق في حكمها المادتين ٤٤٦ و ٤٤٧ من التقنين الكويتي .

فالمادة ٤٤٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« ١٠ - لا تسرى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ولو كان المانع ادبيا ، كما انها لا تسرى كذلك فيما بين الاصيل والنائب .

وتقابل المادة ٤٥٢ من التقنين العرفي التي تنص على ما يأتي :

١ - تقطع المدة المبررة لعدم سماع الدعوى اذا امر الدين بحق الدائن اقراراً صريحاً أو ضمناً ٢ - ويعتبر اقراراً ضمناً ترك المدين ماله تحت يد الدائن اذا كان المال مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين ، أو كان الدائن قد حبسه بناء على حقه في الامتناع عن رده الى حين الوفاء بالدين المرتبط به عملاً بالمادة ٢١٨ .

وفي النسخة الإسلامية : انظر المادتين ١٦٠ و ١٦١ من مرشد الحضانة . وهما تضمنان اقراراً ضمناً بحق واضع اليد في دعوى اللك .

#### ( مادة ٣٧٧ )

١ - اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مساوية للمدة الأولى .

٢ - على انه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ، او انقضت اداة باقرار المدين ، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة .

هذه المادة تقابل المادة ٣٨٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : ١ - اذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . يتكون مدته هي مدة التقادم الأول .

٢ - متى انه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي او اذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة . الا ان يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دوريه متجددة لا تستحق الاداء الا بعد صدور الحكم .

وبما ان النص المخرج نص التقنين الحالي من الوجه الاخير :

١ - يشير النص المخرج الى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى . بدلا من نظام التقادم الذي يحد به التقنين الحالي .

٢ - يقضى النص المخرج بأنه اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، رار المدين . فان اداة الحددة تصبح خمس عشرة سنة : ولو كانت المدة الاولى اقل من ذلك ، بحيث يسري هذا الحكم على جميع المدد التي تقل عن خمس عشرة سنة . دون تفرقه بين دين وآخر .

بينما يفصر التقنين الحالي هذا الحكم على الديون التي تتقادم بسنة واحدة . مع انه لا مبرر للتفرقة في هذا الصدد بين حقوق اصحاب المهن الحرة التي تتقادم بخمس سنوات وحقوق التجار والصناع واصحاب الفنادق والمطاعم والمعامل والخدم والاجراء التي تتقادم بسنة واحدة . اذ يعود التقادم في كلا الفريقين على قرينة الوفاء . والواقع ان هذه التفرقة لم تكن مقصودة في الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ من التقنين الحالي . حيث يرجع ذلك الى ان المادة المقابلة للمادة ٣٧٦ من التقنين الحالي في المشروع التمهدي كانت تنص على تقادم حقوق اصحاب المهن الحرة بسنة واحدة ، وكانت تدخل في الحقوق التي تنحل مدة التقادم فيها من سنة واحدة الى خمس عشرة سنة لصدور

اقرار بها من المدين . ولما عدلت مدة التقادم بها فارتفعت الى خمس سنوات لم يلاحظ اذنبال ما يقتضيه هذا التعديل من تعديل معال في نص الفقرة النهائية من المادة ٣٨٥ . لا سيما وان هذا لا يستلزم مع ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ من انه اذا حرر سنداً بالدين بحق من الدين الى المدعى تدخل في اي من الفريقين المذكورين : فان مدة التقادم ترفع الى خمس عشرة سنة . حيث ان تحرير سند بالدين يعتبر حالة خاصة من حالات اقرار المدين بالدين .

ورد في المشروع في هذا التعديل ان قرينة الوفاء هي الاعتبار الاساسي الذي يقوم عليه حكم عدم سماع الدعوى . فبالا الى الدعوى التي تقادم بمدة تقل عن خمس عشرة سنة . سواء كانت هذه المدة خمس سنوات او سنة واحدة . وذلك نظرا الى طسعه هذه الدعين التي لا يؤول ان تسكت عنها اصحابها مدة طويلة . واذا انقضت المدة بقرار المدين تنفذ هذه القرينة . واسمح الدرس في عداد الدعين العادية التي لا تسمع الدعوى فيها بعد انقضاء خمس عشرة سنة . فكما تنسب قرينة الوفاء في حالة الحكم بالدين : فاما تنتفي كدئ في حالة انقطاع المدة بالاقرار . وكما ان الحكم يفرض الالتزام . ومدة سبب جديد للقاء . فلا يمنع سماع الدعوى به الا باقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم : فكذلك الحال بالنسبة الى الالتزام ، فلا يمنع سماع الدعوى بالدين المر به الا باقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الاقرار . حيث تزول عن الدين صفة الاولى . فتسري في شأنه مدة عدم سماع الدعوى في الاصل . وهي خمس عشرة سنة . وبذلك يفرض هذا الحكم مسبقا مع ما تقرره المادة ٢٧٠/٢ من المشروع من انه اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يمنع سماع الدعوى به الا باقضاء خمس عشرة سنة .

٣ - أغفل النص المخرج ما ورد في نص التقنين الحالي من جعل الدين المحكوم به . فيما تضمن من التزامات دورية متجددة لاستحق الاداء الا بعد صدور الحكم : بتقادم بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة . وذلك نظرا الى ان هذا ليس الا تطبيقاً للعواعد العامة . ويؤخذ به دون حاجة الى النص عليه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٢٩ من التقنين العرفي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الاولى .

٢ - على انه اذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة الثبات : اذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقضت باقرار المدين كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة .

وتقابل المادة ١٦١ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالسنة الاولى ٢ - ولا يسقط الحق مهما كان نوعه اذا قضت به المحكمة بحكم لا يقبل الطعن .

والثانية ، أنه إذا أنكر المدعى رغم عدم الوفاء ، ولم تسمع الدعوى ضده ، يخلف في ذمته التزام طبيعي . حيث تظل ذمة المدعى مشغولة بالدين . الأمر الذي ينافي ما يبرره التقنين الحالي من أن الالتزام ينقضي بالتقادم . فإذا نام المدعى بالوفاء بعد حبسه بعدم سماع الدعوى وقع وموّه صحيحاً . ولو لم يكن عن بنية . بمعنى أنه لا يستطيع أن يسرد ما أداه ، ولو كان قد وقع في غلط بأن اعتقد عند الوفاء أنه مبرم بأداء الدين .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٤٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « لا يسقط الحق بمرور الزمان ، فإذا أنكر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة أخذ بأقراره ، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك » .

وتقابل ما جاء في صدر المادة ٤٤٩ من التقنين الأردني من أنه « لا ينقضي الحق بمرور الزمان » . . . . .

في الفقه الإسلامي نصبت المادة ١٦٧٤ من المجلة على ما يأتي : « لا يسقط الحق بمقام الزمان . بناء عليه إذا أقر المدعى عليه صراحة في حضور الحاكم بأنه لتمددي عده حق في الحال في دعوى وجب فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعى فلا يعتبر مرور الزمان وبحكم بموجب اقرار المدعى عليه . . . . . وهذا النص يطابق في خصوص ما تناوله ما جاء في النص المقترح .

#### ( مادة ٣٧٩ )

إذا لم تسمع الدعوى بالحق ، فلا تسمع بملحقاته ، ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماعها بهذه الملحقات .

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٨٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من وجهين :

( ١ ) يتحدث النص المقترح عن عدم سماع الدعوى بالحق . وذلك على خلاف التقنين الحالي الذي يتحدث من سقوط الحق بالتقادم .

( ٢ ) يقتصر النص المقترح على ذكر كلمة « الملحقات » بدلا من عبارة « الفوائد وغيرها من الملحقات » التي وردت في التقنين الحالي وبذلك أمكن تلافي ذكر الفوائد التي عني التقنين الحالي بذكرها دون غيرها من الملحقات .

فعلم سماع الدعوى بالحق يستتبع عدم سماعها بملحقاته من كفالة ورهن رسمي وحق امتياز ونحو ذلك . فغيراً ذمة الكفيل ، ويستتبع سماع الدعوى بالرهن والامتياز ، حيث يزول التابع بزوال الأصل . ويبقى التابع ما بقي الأصل . ولو اكتملت بالنسبة إلى التابع مدة عدم سماع المدعى . فإذا كانت الدعوى « ازلت تسد » بالتدين الأصلي بسبب انقطاع المدة مثلا ، فإن ضماناته تبقى ولو اكتملت بالنسبة إليها مدة عدم سماع الدعوى .

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٤٦٢ من التقنين الأردني التي تنص على أن « عدم سماع الدعوى بالحق لمؤثر الزمان يستتبع عدم سماعها بتوابعه ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه التوابع » .

وتتفق مع المادة ٤٥٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« ١ . . . إذا انقضت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولى ٢٠ - ومع ذلك فإن المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة في الأحوال الآتية :

١ - إذا انقضت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى . بدت مدة جديدة من وقت انتهاء الأمر المترتب على سبب الانقطاع . وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولى .

٢ - إذا حكم بالحق وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ، وذلك فيما عدا ما يتضمنه الحكم من التزامات دورية متجددة وتكون مستحقة الأداء بعد صدوره .

إذا كان الحق مما لا تسمع به الدعوى . مرور خمس سنوات وفقا للمادة ٤٤٠ أو بمرور سنة واحدة وفقا للمادة ٤٤٢ وانقضت المدة بأقرار المدعى .

أما في الفقه الإسلامي المداينين ١٦٠ و ١٦١ من مرشد الجيران : وهما تضمنان أقراراً ضمنياً بحق وأصح أيدي دعوى الملك . الأمر الذي يحول دين سماع الدعوى رغم عدم مضي خمس عشرة سنة .

#### ( مادة ٣٧٨ )

لا ينقضي الحق بمرور الزمان . فإذا أقر المدعى بالحق أمام القضاء أخذ بأقراره . وإذا أنكر المدعى الحق ، فلم تسمع الدعوى ضده ، بخلاف في ذمته التزام طبيعي .

هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٢٨٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدعى التزام طبيعي » .

ويخالف النص المقترح نص التقنين الحالي من وجهين :

( ١ ) يقرر النص المقترح أن الحق لا ينقضي بمرور الزمان . وذلك على خلاف التقنين الحالي الذي ينص على انقضاء الالتزام بالتقادم .

٢ - يقضي النص المقترح بأنه إذا أقر المدعى بالحق أمام القضاء فإنه يؤخذ بأقراره دون اعتبار لمؤثر الزمن . وذلك على خلاف التقنين الحالي الذي يخول المدعى الحق في أن يتمسك بالتقادم رغم اقراره بالدين ، وذلك بالنسبة إلى الحقوق الدورية المتجددة .

ذلك أن النص المقترح يبدأ بتقرير القاعدة الأساسية التي تأخذ بها الشريعة الإسلامية والتي تستند إلى الحدث الشريف الذي يقول : « لا سلطان حق امرئ مسلم وإن قدم » . تلك القاعدة التي نصبت عليها المحلة : فقصت بأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان ١٦٧٤ م ( مجلة ) .

ويترتب على هذه القاعدة الأساسية نتيجتان هامتان وردتا في النص المقترح .

الأولى ، أنه إذا أقر المدعى بالحق أمام القضاء فإنه يؤخذ بأقراره دون اعتبار لمؤثر الزمن . وقد نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على هذه النتيجة . حيث أنه بالأقرار تنقضي قرينة الوفاء التي يقوم عليها عدم سماع الدعوى ، كما تنقضي الاعتبارات الأخرى التي تبرر عدم السماع .

هذه المادة تقابل المادة ٤١٨ من التقنين الحالي التي تنص على أن البيع عند بنترزم به البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء أو حفا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي .

وبؤخذ على نص التقنين الحالي أنه يعرف البيع بالأثر الذي يترتب عليه . وهو التزام البائع بنقل الملكية . مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد . وهي تتركز في اتجاه ارادة الطرفين إلى تحقيق عملية قانونية معينة . هي محل العقد . والعملية القانونية المقصودة من البيع هي انتقال ملكية شيء أو انفصال حق مالي آخر من البائع إلى المشتري . حيث يرتب عقد البيع الدرامات على عاتق كل من الطرفين . وهذه الالتزامات ترمى في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء في التعريف المقترح أن معصى عند البيع هو انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٤ من التقنين الكويشي التي تنص على أن البيع عند على تملك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي .

وتقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الأردني التي تنص على أن البيع تملك مال أو حق مالي لقاء عوض .

وتقابل المادتين ٥٠٦ و ٥٠٧ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥٠٦ من هذا التقنين تنص على أن البيع مبادلة ماله بماله والمادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على أن البيع باعتبار البائع اما أن يكون بيع المبن بالنقد وهو البيع المطلق . أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف . أو بيع العين بالعين وهي المقايضة .

وفي هذا العدد يختلف التصوير الفني في الفقه الاسلامي عنه في فقه القانون الوصفي وهو الفقه اللاتيني . ففي الفقه الاسلامي ينتقل الملك بالعقد . اما في الفقه اللاتيني فالمعقد ينشئ التزاما بنقل الملك ويتم تنفيذه هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد .

وهذا الاختلاف في التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية . وهي أن الحق ينتقل إلى المشتري بالعقد . وقد روى الأخذ بالتصوير الذي يعول به الفقه الاسلامي . لأنه أدق من الناحية الفنية . فإذا كان المبيع معيناً بالذات ومملوكاً للبائع . فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد . وقد يتطلب الشارع لهذا الانتقال شروطاً خاصة . كالافراز في المنقول المعين بالنوع والتسجيل في العقار . فلا تنتقل الملكية إلا بتوافر هذه الشروط أعمالاً للقاعدة الأصولية وهي أن الحكم لا يترتب إلا إذا وجد سببه ونوبت شروطه . فالسبب هنا هو العقد . وكل من الافراز والتسجيل شروط لترتيب الحكم ( انظر المذكرة الايضاحية للمادتين ٢١٩ . ٢٢٠ من مشروع ) .

## الكتاب الثاني

### العقود المسماة

#### نظرة عامة :

يسير المشروع في هذا الصدد على بهج التقنين الحالي . فيرتب العقود المسماة ترتيباً مطلقاً على أساس محل العقد . وبذلك تنقسم هذه العقود إلى عقود ترد على الملكية . وعقود ترد على المعنة . وعقود ترد على العمل . وعقود تعاون . وأخيراً عقد الكفالة باعتباره عقد ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ويجب في الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدي الضمان الضميني وحما عقد الرهن وعقد رهن الحيازة .

وقد رأينا فيما تقدم أن للالتزام محلاً وللعقد محل آخر . فمحل الالتزام هو الاداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن . أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد . وإذا كان أثر العقد هو انشاء التزامات . فإن هذه الالتزامات ترمى في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد . وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام . كما يخضع كل منهما لأحكام غير التي يخضع لها الآخر . ومن ثم جرى المشروع على أن ينوّه في تعريف كل عقد بالمحل الذي ينصب عليه . أي العملية القانونية المقصودة من العقد باعتبارها العنصر الجوهري المكون له . دون ذكر للالتزام الذي يترتب عليه . وهو بذلك يخالف ما جرى عليه التقنين الحالي . نظراً إلى أن التعريف يجب أن يتناول العناصر الجوهرية المكونة للعقد .

### الباب الأول

#### العقود التي ترد على الملكية

### الفصل الأول

#### البيع

### الفرع الأول

#### البيع بوجه عام

١ - أركان البيع .

( مادة ٣٨٢ )

البيع عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي .

هذه المادة تقابل المادة ٤١٨ من التقنين الحالي التي تنص على أن « البيع عقد يلتزم به البائع بنقل إلى المشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي » .

ويؤخذ على نص التقنين الحالي أنه يعرف البيع بالآثر الذي يترتب عليه ، وهو التزام البائع بنقل للملكية . مع أن التعريف يجب أن يتناول العناصر المكونة للعقد . وهي تتركز في اتجاه إرادة الطرفين إلى تحقيق عملية قانونية معينة ، هي محل العقد . والمصلحة القانونية المقصودة من البيع هي انتقال ملكية شيء أو انفصال حق مالي آخر من البائع إلى المشتري . حيث يرتب عقد البيع الدرامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمى في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء في التعريف المصروح أن مقصود عقد البيع هو انتقال ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي .

والمادة المرححة تقابل المادة ٥٥٤ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « البيع عقد على تمليك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي » .

وتقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الأردني التي تنص على أن « البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض » .

وتقابل المادتين ٥٠٦ و ٥٠٧ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥٠٦ من هذا التقنين تنص على أن « البيع مبادلة ماله بماله » ، والمادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على أن « البيع باعتبار المبيع أما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع العين بالعين وهي المقايضة » .

وفي هذا العدد يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في دقة القانون الوضعي وهو الفقه اللاتيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد . أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاما بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

وهذه الاختلاف في التصوير لا يمس الفكرة الجوهرية ، وهي أن الحق ينتقل إلى المشتري بالعقد ، وقد رُوي الأخذ بالتصوير الذي يعول به الفقه الإسلامي ، لأنه أدق من الناحية الفنية . فإذا كان المبيع مبيعاً بالذات ومملوكاً للبائع ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد . وقد يتطلب الشارع لهذا الانتقال شروطاً خاصة ، كالافراز في المنقول المعين بالنوع والتسجيل في العقار ، فلا تنتقل الملكية إلا بتوافر هذه الشروط أعمالاً للقاعدة الأصولية وهي أن الحكم لا يترتب إلا إذا وجد سببه ونوفرت شروطه . فالسبب هنا هو العقد ، وكل من الافراز والتسجيل شروط لترتيب الحكم ( انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ من المشروع ) .

## الكتاب الثاني

### العقود المسماة

#### نظرة عامة :

يسير المشروع في هذا الصدد على نهج التقنين الحالي . فيرتب العقود المسماة ترتيباً مطلقاً على أساس محل العقد . وبذلك تنقسم هذه العقود إلى عقود ترد على الملكية ، وعقود ترد على المنفعة . وعقود ترد على العمل . وعقود تعاون ، وأخيراً عقد الكفالة باعتباره عقد ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ويجب في الوقت ذاته أن ينفصل عن عقدي الضمان الغيبي ومما عقد الرهن وعقد رهن الحيازة .

أول ما رأينا فيما تقدم أن للالتزام محلاً وللعقد محل آخر . محله الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن . أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد . وإذا كان أثر العقد هو إنشاء التزامات ، فإن هذه الالتزامات ترمى في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد . وبهذا يتميز محل العقد عن محل الالتزام ، كما يخضع كل منهما لأحكام غير التي يخضع لها الآخر . ومن ثم جرى المشروع على أن ينوّه في تعريف كل عقد بالمحل الذي ينصب عليه ، أي العملية القانونية المقصودة من العقد باعتبارها العنصر الجوهرى المكون له . دون ذكر للالتزام الذي يترتب عليه . وهو بذلك يخالف ما جرى عليه التقنين الحالي ، نظراً إلى أن التعريف يجب أن يتناول العناصر الجوهرية المكونة للعقد .

### الباب الأول

#### العقود التي ترد على الملكية

#### الفصل الأول

#### البيع

#### الفرع الأول

#### البيع بوجه عام

١ - أركان البيع .

( مادة ٣٨٢ )

البيع عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي .



وقد أريد بالنص على هذا التطبيق إيضاح حكم هام يحرص عليه  
الفقه الاسلامي لما يخشاه من غرر في الصفقة . وهو يتناول صورا  
كثيرا ماتت في الحياة العملية . كما في بيع نمار حديقة قبل الطلوع  
أو قبل الضوح . وقد يكون ذلك لمدة سنوات مستقبلية . وكما في بيع  
سلعة قبل صنعها ، وكما في بيع شقة للسكنى أو لغرض آخر قبل  
البناء . ففي مثل هذه الحالات يجب أن يوجد الشيء المتعاقد عليه في  
المستقبل ، وأن يكون قد تم تعيينه على نحو سفي منه الجهالة والغرر  
وفقا لما تقدم ذكره . فإذا لم يوجد الشيء على الصفة التي تم عليها  
التعاقد وقع العقد باطلا .

انظر المادة ١١٩ من المشروع والنصوص المقابلة لها من المعينات  
العربية الأخرى والمراجع الفقهية في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة .

#### ( مادة ٣٨٤ )

١ - يجب أن يكون المشتري عالما بالبيع علما كافيا ، والا كان له  
طلب ابطال البيع . فإذا لم ير المشتري البيع . وجب أن يشتمل العقد  
على بيان البيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه .

٢ - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالبيع ، فلا يحق  
له طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع .

٣ - ويسقط حق المشتري في طلب الإبطال إذا مضى على البيع  
وقت كاف للوقوف على حالة البيع دون أن يصدر منه ما يدل على عدم  
رضائه به .

هذه المادة تقابل المادة ٤١٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما  
يأتي :

١ - يجب أن يكون المشتري عالما بالبيع علما كافيا . ويعتبر العلم  
كافيا إذا اشتمل العقد على بيان البيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن  
من تعرفه .

٢ - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالبيع ، سقط حقه  
في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع .

وقد أدخل على نص التقنين الحالي التعديلات الآتية :

أولا - أضيف إلى الفقرة الأولى أجزاء الذي يترتب على عدم العلم  
بالبيع . وهو حق المشتري في طلب ابطال العقد ، وزيادة في الإيضاح .  
كما عدلت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة على نحو يوضح فيه أن الأصل  
في البيع هو رؤيته ، وأن ذكر الأوصاف الأساسية للمبيع يقوم  
مقام الرؤية .

وقد نصت المادة ٥٣١ من التقنين العراقي في هذا المعنى على أنه  
( إذا كان المبيع عبئا معينة بالذات أو كان قد بيع جزاءا . نقل البيع  
من تلقاء نفسه ملكية المبيع . وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا  
تنتقل الملكية إلا بالأفراز ) .

كما نصت المادة ٤٦٣ من التقنين الكويتي في هذا المعنى على أنه  
( يترتب على البيع نقل ملكية المبيع إذا كان معيناً بالذات ومملوكاً  
للبيع . فإن لم يعين المبيع إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بالأفراز . وكذا  
ذلك ما لم يقض القاتون أو الاتفاق بغيره ودون إخلال بقواعد  
التسجيل ) .

والبيع وفي الفقه الاسلامي . هو كما تقول المجلة ( م ١٠٥ ) . مبادلة  
مال بمال . وهو ما ينص عليه التقنين العراقي ( م ٥٠٦ ) . أو هو .  
كما يقول مرشد الحبران ( م ٣٤٣ ) . تملك البائع مالا للمشتري بمال  
يكون تمنا للمبيع . ففي هذا الفقه يصح أن يكون الثمن من غير النقود ،  
فيقتسم البيع فيه لتسليم البيع المطلق والمقايضة والعرف والسلم .  
والبيع المطلق هو بيع العين بالنقد . والمقايضة هي بيع العين بالعين .  
والعرف هو بيع النقد بالنقد . والسلم بيع شيء غير موجود بالذات  
بشئ مفروض في الحال على أن يوجد الشيء . ويسلم إلى المشتري في أجل  
معلوم .

والبيع في المشروع هو البيع المتعارف في الفقه الاسلامي . فيجب أن  
يكون مقابل المبيع تمنا نقديا . وبذلك يتميز البيع عن المقايضة .

وبمقتضى النص المقترح مع ما تنص عليه المادة الأولى من مشروع تقنين  
الشريعة الاسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة . حيث تقول : « البيع  
هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي على وجه التراضي » .

#### ( مادة ٣٨٣ )

لا يصح أن يكون البيع احتماليا جزاءا . فإذا ورد البيع على شيء  
مستقبل وجب أن يعين هذا الشيء تعيينا نافيا للجهالة والغرر . فتذكر  
أوصافه الأساسية ومقداره . ولا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار  
ما يأخذ من المبيع .

هذه المادة مستحدثة .

وهي تطبق للقاعدة الواردة في المادة ٢/١١٩ من المشروع التي  
تنص على أنه « يجوز أن يكون العقود عليه شيئا مستقبلا إذا عين تعيينا  
نافيا للجهالة والغرر » . فالنهي عن بيع المعلوم في الفقه  
الاسلامي إنما هو للغرر لا لعدم . فإذا كان التعامل في الشيء المستقبلي  
احتماليا جزاءا ، فإنه يكون باطلا . لما فيه من الغرر والغرر . أما إذا  
كان التعامل غير جزائي ، بحيث لا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار  
ما يأخذ من المبيع . فلا يكون هناك غرر ولا غرر . ومن ثم يصح التعامل .  
وبتحقق ذلك إذا وجد الشيء في المستقبل وكان معيناً تعيينا نافيا  
للجهالة والغرر . فتذكر أوصافه الأساسية كما يذكر مقداره بما يقابله  
من الثمن . ولا يدفع المشتري من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع .

٢ - يكون المبيع معلوما عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضرا تكفي الإشارة إليه .

والمادة ٤٦٧ تنص على ما يأتي : « إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علما كافيا فلا حق له في طلب إبطال العقد لعدم العلم إلا إذا ثبت تدليس البائع » .

والمادة ٤٦٨ تنص على ما يأتي .

١ - إذا كان البيع بالتموذج تكفي فيه زركته ووجوب كون المبيع مطابقا له .

٢ - فإذا طهر أنه غير مطابق فإن المشتري يكون مخيرا أن شاء قبله وإن شاء رده .

والمادة ٤٦٩ تنص على ما يأتي :

١ - إذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للتموذج وكان التموذج والمبيع موجودين فالرأي لأهل الخبرة وإذا تعد التموذج في يد أحد المتبايعين فالقول في المطابقة أو العكس للطرف الآخر مالم يثبت العكس .

٢ - وإذا كان التموذج في يد أحد الطرفين فبعد و . . . . . معينا بالذات ومتعنا على أنه هو المقود عليه فالقول للبائع في المطابقة مالم يثبت المشتري العكس وإذا كان المبيع معينا بالنوع أو معينا بالذات وغير متفق على أنه هو المقود عليه فالقول للمشتري في المطابقة مالم يثبت البائع العكس .

وتقابل المواد ٥١٧ - ٥٢٣ من التفنين الأمريكي .

والمادة ٥١٧ تنص على ما يأتي :

١ - كل من اشترى شيئا لم يره كان له الخيار حين براه . فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره .

٢ - والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو الشم أو السمع أو مذاق .

والمادة ٥١٨ تنص على ما يأتي :

١ - الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفي رؤية النموذج منها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه . كان المشتري مخيرا بين قبوله بالشم أو اللمس أو رده بفسخ البيع .

٢ - فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين . ولو دون خطأ منه . كان على هذا المتعاقد حسب ما يكون بانه أو مشتريا أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

ثانيا - إجراء تعديل لفظي بسيط في الفقرة الثانية .

ثالثا - إضافة فقرة ناسئة بعضي بسقوط حق المشتري في طلب الإبطال إذا مضى على البيع وقت كاف للوقوف على حالة المبيع دون أن يصدر منه ما يدل على رضائه به . وذلك حسما للموقف مراعاة لاستمرار التعامل . وحتى لا يحل مصير العقد مدولا مدة أكثر مما يلزم في الحالات التي يمدد فيها استخلاص النحول القمعي من حساب المشتري عن خياره . ويتفق حكم هذه الفقرة مع ما يقول به الفقه الإسلامي في مددب الإمام أحمد حيث تنص المادة ١٨ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على هذا المذهب على أنه « إذا وجد المشتري المبيع على غير ما رآه أو وصف له فله الفسخ على التراخي ولا يسلط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه » ولا شك أن السكوت مدة تكفي للوقوف على حالة المبيع دون أن يصدر ما يدل على عدم الرضا به مدد رضى .

ووجوب علم المشتري بالمبيع علما كافيا هو تطبيقي لأحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي . وفي هذا الصدد . ويحاصله المذهب . . . . . يثبت للمشتري الذي لم ير المبيع خيار الرؤية . حيث يستطيع المشتري مواجهه أن بنفس المبيع ويرد البيع إذا رآه فوجده على خلاف ما يظن .

( انظر : البدائع ج ٥ ص ٢٩٢ - فتح القدير ج ٥ ص ١٤٠ - المسوط لرحبي ج ١٣ ص ٦٨ - ٧٠ - أمسي ج ٤ ص ٧٤ - ٩٠ - وانظر م ٢٠٠ - ٢٠٤ و ٣٢٠ - ٣٢٥ من المجلة . وم ٣٣٩ - ٣٤١ من مرشد العبران . والسنيهوري . الوسيط ج ٤ في البيع فقرة ٦١ - ٦٥ . ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ص ٢٤٨ - ٢٦٧ ) . وانظر كذلك : مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي : ٢٦٩م .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٦ من التفنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - يجب أن يكون المبيع معلوما للمشتري علما كافيا . والا كان له الحق في طلب إبطال البيع .

٢ - ويعتبر علما كافيا بالمبيع اشتغال العقد على بيان أوصافه الأساسية . بيانا يمكن من معرفته .

٣ - وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع . لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به . إلا إذا أثبت تدليس البائع .

٤ - وإذا تسلم المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولا له .

وتقابل المواد ٤٦٦ - ٤٦٩ من التفنين الأردني .

والمادة ٤٦٦ تنص على ما يأتي :

١ - يشترط أن يكون المبيع معلوما عند المشتري علما كافيا للجهالة الماحضة .

المادة ٥١٩ تنص على ما يأتي :

١ - إذا بيعت جملة أشياء متفارقة صفقة واحدة ، فلا بد للزوم البيع من رؤية كل واحدة منها على حدة .

٢ - وإذا كان المشتري رأى بعضها ، فمضى رأى الباقي جاز له اخذ جميع الأشياء أو ردها جميعا ، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي .

المادة ٥٢٠ تنص على ما يأتي :

١ - إذا وصف شيء للأعس وعرف وصفه ثم اشتراه ، لا يكون مخيرا .

٢ - ويسقط على كل حال خيار الأعس يلمس الأشياء التي تعرف باللمس ونشم المشومات ودوق المذوقات .

المادة ٥٢١ تنص على أن : الوكيل يشترى شيء ، والوكيل بقبضه رؤيتهما كروية الأصل ، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشتري .

المادة ٥٢٢ تنص على أن : من رأى شيئا بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه ، فلا خيار له إلا إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال التي رآه فيه .

المادة ٥٢٣ تنص على ما يأتي :

١ - يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، ويتصرفه في البيع قبل أن يراه ، وباقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء ، في عقد البيع وصفا يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، وبتميعيب المبيع أو هلاكه بعد القبض ، وبصدور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه .

٢ - وللبائع أن يحدد للمشتري أجلا مناسباً يسقط بإتقضائه الخيار إذا لم يرد المبيع في خلال هذه المدة .

( مادة ٣٨٥ )

١ - إذا كان البيع على مقتضى نموذج معين ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً له .

٢ - وإذا تلف النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بانما كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابقاً للنموذج أو غير مطابق له .

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٠ من التقنين الحالي مع تعديل لمعطى ، حيث تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها .

٢ - وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بانما كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق .

وينفق حكم المادة المقترحة مع الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة حيث أجاز جمهور الفقهاء البيع بالنموذج ( بالعينة ) وقرروا الاكتفاء برؤية ما يدل على العلم بالتقصود ، فإذا وجد المبيع مطابقاً للنموذج كان البيع لازماً والا كان للمشتري الخيار . أن شاء قبل المبيع وإن شاء فسخ البيع . كما ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب الاحتفاظ بالنموذج ليكون كالتشاهد عند تنازع المتبايعين في موافقة المبيع له . ولعبار من تلف في يده النموذج مدعياً عليه عبء الإثبات مما يوافق النص المقترح . فقد نصت المادة ٣٢٥ من المجلة على أن : ما بيع على مقتضى النموذج إذا ظهر دون النموذج يكون المشتري مخيراً أن شاء قبله وإن شاء رده . وجاء في نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٠٤ : « وتكفي رؤية المبيع الدال على باقيه نحو نموذج الثمائل ويسمى بالعينة » . وجاء في مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك في المادة ٣٨ أنه : يجوز بيع الشيء على المزوم أو على الخيار بناء على رؤية يعفيه سواء أكان مثلياً أم مقوماً . ويجب الاحتفاظ ببعض المرنى ليكون كالتشاهد عند تنازع المتبايعين في موافقة باقي المبيع للبعض المرنى ، ومع ذلك فقد خالف الحنابلة جمهور الفقهاء ، فقالوا بعدم حواز بيع النموذج ( انظر مجلة الأحكام الشرعية على المذهب الحنبلي : ٣٠٨ وشرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٩ ) .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٥٧ من التقنين الكوسى مع اختلاف لفظي ، حيث تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان البيع بالعينة ، انعقد البيع على مبيع مطابق لها .

٢ - فإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ، كان عليه إثبات المطابقة أو المخايبة ، ولو كان التلف أو الهلاك بغير خطئه .

وتقابل المادة ٥١٨ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفى رؤية النموذج بها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه كان المشتري مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع .

٢ - فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على المتعاقد بحسب ما يكون بانما كان أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

وتقابل المادتين ٤٦٨ و ٤٦٩ من التقنين الأردني .

هذه المادة تقابل المادتين ٤٢١ و ٤٢٢ من التقنين الحالي .

والمادة ٤٢١ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - في البيع يشترط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها . فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

٢ - وبعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ .

والمادة ٤٢٢ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

• إذا بيع الشيء بشرط المداق كان للمشتري أن يقبل البيع أو يرفضه ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ، ولا ينعقد البيع إلا في الوقت الذي يتم فيه هذا الاعلان .

وقد رؤى ادماج هاتين المادتين في مادة واحدة على النحو الوارد في المادة المقترحة لنوحيد الحكم في بيع التجربة وبيع المذاق ، إذا لا مسوغ للتمرقة بينهما في الحكم .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٤٦٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي ، « يجوز اشتراط التجربة أو المذاق ، في مدة معقولة ، لقبول المبيع أو رفضه » ، فإن سكت المتبايعان عن تحديد المدة في العقد ، حملت على المدة المعتادة فإذا انقضت المدة ولم يعلن المشتري رفضه ، مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه ، اعتبر سكوته قبولا .

وتقابل المادتين ٥٢٤ و ٥٢٥ من التقنين العراقي ، وهما مطابقتان للمادتين ٤٢١ و ٤٢٢ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المواد ٤٧٠ - ٤٧٧ من التقنين الأردني ، ونورد فيما يلي من هذه المواد نصوص المواد ٤٧٠ و ٤٧١ و ٤٧٧ .

والمادة ٤٧٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معقولة ، فإن سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتادة .

٢ - ويلتزم البائع بتمكين المشتري من التجربة ،

والمادة ٤٧١ تنص على ما يأتي :

١ - يجوز للمشتري في مدة التجربة اجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع ، ويشترط في حالة الرفض اعلام البائع .

والمادة ٤٦٨ تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان البيع بالنموذج تكفى فيه رؤيته ، ويجب أن يكون المبيع مطابقا له .

٢ - فإذا ظهر أنه غير مطابق له فإن المشتري يكون مخيرا أن شاء قبله وإن شاء رده .

والمادة ٤٦٩ تنص على ما يأتي :

١ - إذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للنموذج وكان النموذج والمبيع موجودين ، فالرأي لاهل الخبرة . وإذا فقد النموذج في يد أحد المتبايعين ، فالمول في المطابقة أو المنايرة للطرف الآخر ما لم يثبت خصمه العكس .

٢ - وإذا كان النموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين فقدد وكان المبيع معينا بالذات ومعينا على أنه هو المعهود عليه ، فالمول للبائع في المطابقة ما لم يثبت المشتري العكس . وإن كان المبيع معينا بالنوع أو معينا بالذات وغير معين على أنه هو المعهود عليه فالمول للمشتري في المنايرة ما لم يثبت البائع العكس .

ويوضح من النصوص المذكورة ما يلي :

( ١ ) ان المادة المقترحة تتفق في حكمها مع التقنين المصري الحالي والتقنين الكويتي .

( ٢ ) ان احكام المسمى العرفي والتقنين الاردني لا تختلف عن احكام التقنين المصري الحالي ولا عن احكام المادة المرحلة الا في الجزء الذي يترتب على عدم مطابقة المبيع للنموذج . فهذا الجراء في التقنين العراقي وفي التقنين الأردني الفسخ أو الأخذ بالثمن المسمى . أما في التقنين المصري الحالي وفي الماده المقترحة فالجزء المفسح أو انقاص الثمن أو اجبار البائع على تقديم شيء مطابق للنموذج .

( مادة ٣٨٦ )

١ - في البيع بشرط التجربة أو المذاق يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة أو المذاق . فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع أو مذاقه اعتبر سكوته قبولا .

٢ - وبعتبر البيع بشرط التجربة (أو المذاق) معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو العرف أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ .

أساساً لتقدير الثمن ، كالبيع بسعر السوق أو بالسعر المتداول في  
المنطقة أو الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين ، فإن الملحوظ فيه أن  
تقدير الثمن ليس رهيناً بإرادة شخص معين .

انظر المادة ٢٢٨ من المجلة والمادة ٤١٦ من مرشد الحيران والمادة  
٢٤ من مشروع تقدير الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل  
والمادة ١٧ من هذا المشروع على مذهب الإمام الشافعي والمادة ٢٢ من  
هذا المشروع على مذهب الإمام مالك .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٥٩ من التقنين الكويتي التي تنص  
على ما يأتي : « يجوز أن يقرر في تحديد الثمن على بيان أسس  
صالحة لتقديره ، كما يجوز أن يفوض تحديده إلى طرف ثالث ، فإذا  
لم يحدده لأي سبب ، كان الثمن هو ثمن المثل . »

وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٥٢٧ من التقنين العراقي التي تنص  
على ما يأتي : « في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالمد  
ويجوز أن يقتصر تقديره على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها  
نفساً بمد . »

وتقابل المادة ٤٧٩ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :  
« ويشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوماً ، ويكون  
معلوماً :

- ١ - بمشاهدته والإشارة إليه أن كان حاضراً .
- ٢ - ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضراً .
- ٣ - بأن يقرر المتعاقدان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة  
تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ . »

ويلاحظ أن التقنين العراقي والتقنين الأردني يأخذان في البيع بالثمن  
بواسع الذي أخذ به الفقه الإسلامي ، وهو اعتبار البيع بمادّة مال  
مال ، فأصبح المناقضة بينهما نوعاً من أنواع البيع . أما البيع بثمن  
تقديري فهو ما يسميانه بالبيع المطلق ( م ٥٢٧ / ١ عراقي وم ٤٨٣  
أردني ) .

#### ( مادة ٣٨٨ )

إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب أن يكون الثمن سعر  
الوقت في مكان وزمان البيع . ( إذا لم يكن في هذا البيع سرق ،  
ويجب الرجوع إلى سعر المدون في المكان الذي يفتق الاتفاق بأن ثمن  
أسعازه هي السارية .

هذه المادة تتضمن أحد الأسس التي تجعل الثمن قابلاً للتقدير  
وذلك حين يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن هو سعر السوق .

٢ - إذا انقضت مدة التجربة وسكب المشتري مع تمكنه من تجربة  
البيع العسر سكوته قبولاً ولم البيع . »

واماده ٤٢٧ تنص على ما يأتي : « سري أحكام البيع بشرط التجربة  
في البيع بشرط المد ، إلا أن هذا لا يرد . »

وقد راجع الفقه الإسلامي كلا من بيع التجربة وبيع المداق بالبيع مع  
خيار الشرط ( م ٣٠٠ - ٣٠٩ من المجلة وم ٣٢٩ - ٣٣٨ من مرشد  
الحيران ) . ذلك أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع  
المداق ، ومن ثم يكون هذان البيعان صورين خاصتين من صور خيار  
الشرط . ولذلك فإن الفقه العراقي ، حينما سار على نهج الفقه  
الإسلامي في هذا المقعد ، لم يقتصر على النصوص المتعلقة ببيع التجربة  
وبيع المداق ، بل توسع إلى جانبها مدحها متممة بخيار الشرط ( م  
٥٠٩ - ٥١٣ ) . وفي الفقه الإسلامي أيضاً البيع على سوم النراء  
( م ٢٩٩ من المح ) والبيع على سوم القطر ( م ٢٩٩ من المح ) .

ولم يحدد الحنابلة مدة لخيار الشرط ، فيجوز عندهم لاية مدة  
معلومة وإن طالت . وحدد المالكية المدة بحسب نوع المبيع . وبهذين  
الرايين أخذ المشروع . فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة حملت على المدة  
المادة . والمالكية يعتبرون البيع مع خيار الشرط بيعاً معلوماً على شرط  
واثق ، فلا يجيزون للمشتري أن يتنفع بالمبيع في مدة الخيار إلا بقدر  
ما حصل به أخيراً ، وتحرته فسا يراد له على الوجه المصروف  
( م ٨٢ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ) .  
أما الحنفية ومن وافقهم هذا المدح معلوماً على شرط واسع ( م ٣٢٥ من  
مرشد الحيران ) وقد أحاط المشروع في النص الصريح بهذين الرايين .

#### ( مادة ٣٨٧ )

١ - يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يعين  
بها الثمن فيما بعد .

٢ - وإذا ترك تقدير الثمن لا جنبى عن العقد ، فلا يتعقد العقد  
إلا إذا وضى المتعاقدان بهذا التقدير .

الفقرة الأولى من هذه المادة سابق لفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ من  
التقنين الأردني ، مع استبدال كلمة « يعين » بكلمة « يحدد » .

وحكم هذه الفقرة يخالف ما هو مجمع عليه في فقه القانون الوضعي  
وفقه القانون الغربي عامة . وقد روعي فيه أن ترك تقدير الثمن لاجنبى  
يجعله غير معلوم للمتعاقد عند انعاقده ، وهو ما يرفضه الفقه الإسلامي ،  
نظراً لما ينطوى عليه من جهالة . وإذا كانت هناك أمور أخرى تصلح  
والفقره السابعة من هذه المادة مستحدثة .

وتطابق المادة ٥٢٨ من التقنين العراقي . فيما عدا الكلمتين اللتين تم استبدالهما في نص للتقنين المصري الحالي .  
وتتفق مع الفقرة الأولى من المادة ٤٦٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي : « لا يترتب على عدم ذكر الثمن بطلان البيع إذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما . أو بسعر السوق » .

#### ( مادة ٣٩٠ )

١ - يجوز البيع بطريق المراجعة أو التولية أو الاشتراك أو الوضعية .

٢ - والمراجعة بيع يزداد فيه قدر معلوم من الربح إلى الثمن الأصلي . والتولية بيع يثقل الثمن الأصلي دون زيادة أو نقص . والاشتراك تولية بعض المبيع بما يقابله من الثمن الأصلي . والوضعية بيع ينقص فيه قدر معلوم من الثمن الأصلي .

٣ - ويجب في هذه البيوع أن يكون الثمن الأصلي معلوماً . ويعتبر تدليسا ادلا. البائع ببيان على خلاف الحقيقة ، أو كتمان له الأمر ينتقص من مقدار الثمن أو من قيمة المبيع . إذا كان من شأن هذا أو ذلك أن يؤثر في رضا المشتري بالصفقة .

هذه المادة مستحدثة . وحكمها مستمد من الفقه الإسلامي .

وهي تتضمن . إلى جانب الأسس السابقة التي تجعل الثمن في عقد البيع قابلاً للتقدير . أساساً آخر هو الثمن الذي اشترى به البائع . حيث يطمئن المشتري إلى أمانة البائع فيشتري منه على أساس الثمن الذي اشترى به السلعة . فإذا بيعت السلعة على أن يزداد قدر معلوم من الربح إلى الثمن الأصلي سمي البيع مراجعة . وإذا بيعت على أن ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمي البيع وضعية . وإذا بيعت بثمنها الأصلي سمي البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة ، وسمى اشتراكاً إذا أخذ المشتري جزءاً منها .

وهذه البيوع يقال لها في الفقه الإسلامي ببياعات الأمانة . ولا يقتصر واجب البائع فيها على بيان الثمن الأصلي الذي اشترى به ، بل يجب عليه أيضاً أن يبين ما أحاط بالثمن من ملابسات وما افترون به من أوصاف ، فضلاً عن بيان حالة المبيع . فإن صدر منه غش في بيان الثمن الأصلي ، بأن زاد فيه . كان هذا منه تدليسا . وبحق للمشتري في هذه الحالة . دلاً من أن يطلب إبطال البيع . أن يحط الزيادة . كما يستطيع البائع أن يوقى دعوى الإبطال إذا حط هذه الزيادة . وإن

وهي تقابل الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التقنين الحالي التي تنص على : « إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق . وجب ، عند البيع . أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب عليهما تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق . وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٥٢٧ من التقنين العراقي التي تطابق الفقرة الثانية من نص المادة ٤٢٣ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٤٧٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « إذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق ، فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع . وإن لم يكن في هذا المكان سوق اعتبر المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره سارية » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٤٦٠ / ٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي : « ويكون سعر السوق في زمان البيع ومكانه هو المعتبر . وإذا لم يكن في مكان البيع سوق . اعتبر المكان الذي يقضى العرف بأن يكون أسعاره سارية . وذلك كله ما لم يتفق على غيره » .

ويواجه الفقه الإسلامي البيع بسعر السوق بأعباءه من عبود الأمانة التي يقال لها ببياعات الأمانة . وذلك بما يسميه بيع الاسترسال والاستئمان . حيث يبين العائد أن لادبابة له بسعر السوق فيستأمن من التعامل معه ويسترسل إلى صاحبه ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما يبيع الناس أو تشتري به ، فإن كذب عليه المتعاقد معه في بيان سعر السوق فإن هذا الكذب يعتبر عتسا وتدليسا يوجب للعقود المغبون خيار الرد ( الخطاب ج ٤ ص ٤٧٠ . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١٧٥ وما بعدها ) .

#### ( مادة ٣٨٩ )

إذا لم يعين المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد قصدا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما .

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٤ من التقنين الحالي . مع استبدال كلمة « يعين » بكلمة « يحدد » وكلمة « قصداً » بكلمة « نوي » .

وهي تتضمن أحد الأسس التي تجعل الثمن قابلاً للتقدير . وذلك حين يبين من ظروف التعاقد وملابساته أن ثمة اتفاق ضمني بين المتبايعين على أن يكون الثمن هو السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما . فعلى هذا السعر يكون بهذه المثابة معلوماً للمتعاقدين .

كتم البائع أمرا إذا تأثر في مقدار الثمن أو قيمة المبيع ، كان هذا أيضا منه تدليسا . كما لو كتم عن المشتري أن الثمن الأصلي مؤجل أو أخفى عيبا في المبيع يقلل من قيمته .

وقد نصت المادة ١٢١/٢ من التقنين المدني العراقي في هذا المعنى على أنه . يعتبر تفريرا عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المراجعة والتولية والاشتراك والوصية .

والمعروض في غش البائع أو كتمانته على النحو المذكور أن يكون ذا اثر في رضا المشتري بالصفحة . إذ أن إرادة المعاقدين يجب أن يعتد بها في هذا الصدد . فقد ينضج من العقد وظروفة أن المتبايعين قصدا أن يكون أساس التدبير هو الثمن الأصلي دون نظر إلى الظروف والملايسات التي تحيط بالثمن أو تقلل من قيمة المبيع . وفي هذه الحالة يجب على المشتري أن يقبل المبيع بحالته التي اشترى بها وأن يدفع الثمن الأصلي أو أكثر منه أو أقل بحسب الاتفاق .

( انظر في ببيعات الأمانة : في الفقه الحنفي : المسبوط ج ١٣ ص ٧٨ - ٩١ . البدائع ج ٥ ص ٢٢٠ - ٢٢٨ . فتح القدير ص ٢٥٢ - ٢٦٣ . الزيلعي ج ٤ ص ٧٣ - ٨٩ .

وفي الفقه المالكي : الخطاب ج ٤ ص ٤٨٨ - ٤٩٥ . المدسوقي ج ٣ ص ١٦٠ - ١٧١ . الخرشى ج ٥ ص ١٧١ - ١٨٠ .

وفي الفقه الشافعي : مفتي الحاج للشرييني ج ٢ ص ٧٦ - ٨٠ . نهاية المحتاج للرملي ج ٤ ص ١٠٤ - ١١٥ .

في الفقه الحنبلي : الشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ١٠٠ - ١٠٨ . المفتي ج ٤ ص ٢٥٩ - ٢٩٤ .

عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١٦٦ - ١٧٤ . الوسيط ج ٤ في البيع ص ٢٠٩ ) .

والمادة المقترحة تنفق في الحكم مع المادة ٥٣٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - يجوز البيع مرابحة أو تولية أو اشتراكا أو وصية .

٢ - والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، والاشتراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن ، والوصية بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه .

٣ - ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوما تحرزا عن الخيانة والتهمة .

وتقابل المادة ٤٨٠ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - يجوز البيع بطريق المراجعة أو الوصية أو التولية إذا كان رأس مال المبيع معلوما حين العقد وكان مقدار الربح في المراجعة ومقدار الخسارة في الوصية محددا .

٢ - إذا ماهر أن البائع قد زاد في بيان مقدار رأس المال للمشتري حط الزيادة .

٣ - وإذا لم يكن رأس مال المبيع معروفا عند التعاقد للمشتري فسح العقد عند معرفته ، وكذا يكون الحكم لو كتم البائع أمرا إذا تأثر في المبيع أو رأس المال . ويسقط خبائه إذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه .

وتقابل المادة ٤٦٢ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - يجوز فبيع تولية أو اشتراكا أو مرابحة أو وصية ، إذا كان الثمن الذي اشترى به البائع معلوما وقت العقد ، وكان مقدار الربح في المراجعة ومقدار الخسارة في الوصية محددا .

٢ - فإذا ثبت أن الثمن الذي اشترى به البائع أقل مما ذكره كان للمشتري أن يتمسك بالثمن الحقيقي .

٣ - ويعتبر تدليسا كتمان البائع ملايسات أحاطت بشرائه ، إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضا المشتري .

( مادة ٣٩١ )

١ - إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية أو للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لجهة الوقف ، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

٢ - ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٢٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

٢ - ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

وينضج من هذه النصوص أن الجزاء المرتب على الغبن يختلف في التقنيات المذكورة . فهو في المادة المقترحة كما هو في التقنين المصري الحالي تكملة الثمن بما يزيل الغبن فاحش . وفي التقنين العراقي البطلان . وفي التقنين الأردني الفسخ وهو ما يتفق مع الجزاء في الفقه الإسلامي . وفي التقنين الكويتي تعديل الالتزام بما يرفع الغبن الفاحش وهو مما يتفق مع الجزاء في التقنين المصري الحالي والمادة المقترحة .

#### ( مادة ٣٩٢ )

١ - لا تسمع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا لم يرفعها البائع خلال ثلاث سنين .

٢ - ويبدأ سريان هذه المدة بالنسبة إلى من لا تتوفر فيه الأهلية من وقت توافر أهليته أو موته . وبالنسبة إلى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو جهة الوقف من وقت العقد .

٣ - ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع .

هذه المادة تعادل المادة ٢٦٦ من التقنين الحالي حتى تنص على ما يأتي :

١ - تسقط بالعدم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع .

٢ - ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع .

وقد أصيب إلى هذه المادة من التقنين الحالي ما يواجه حالات للغبن إضافة في المادة المقترحة السابقة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٦٦ من التقنين الكويتي التي تنص على أن : تسقط دعوى الغبن إذا لم ترفع خلال سنة . تبدأ بالنسبة إلى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت إبرام العقد . وبالنسبة لمدعى الأهلية وناقضها من تاريخ اكتمال الأهلية أو الموت . وعلى أية حال تسقط الدعوى بمضي ١٥ سنة من وقت إبرام العقد .

#### ( مادة ٣٩٣ )

لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزااد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون .

وقد روى في المادة المشرحة إلا يقتصر الحكم على حالة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية ، فأضيفت إلى هذه الحالة حالات يكون العقار المبيع فيها مملوكاً للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لجهة الوقف . ودلت حماساً على مصالح العام .

والفقه الإسلامي لا يعتمد بالغبن الفاحش إلا إذا أفترن به تغير ( تدليس ) ( م ٣٥٧ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران ) . ولكنه يعتمد بهذا الغبن . ولو لم يصحبه تغير . في بيع أموال المحجورين والمال والوقف . حيث يعتبر العقد فاسداً ويجب فسخه ( م ٣٥٦ من المجلة و م ٣٠٠ من مرشد الحيران ) . وفي ضوء هذا الحكم من الفقه الإسلامي وضمت المادة المقترحة وإن كان هناك رأى في هذا الفقه يعتمد بالغبن عامة في جميع التصرفات ( أنظر في الفقه الحبلي م ٢٠٧ من مجله الأحكام الشرعية ) .

والمادة المشرحة تعادل المادة ١٢٤ من التقنين العراقي التي تنص على ما يلي :

١ - مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغير .

٢ - على أنه إذا كن الغبن فاحشاً . وكان المبيعون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال المدونة أو الوقف . فإن العقد يكون باطلاً .

٣ - لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية .

وتقابل المادة ١٢٩ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة .

وتقابل المادتين ١٦٣ و ١٦٤ من التقنين الكويتي .

فالمادة ١٦٣ من التقنين تنص على ما يأتي :

١ - إذا صح عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة . أو لجهة عديمي الأهلية أو ناقصيها . أو لجهة الوقف : جاز للمغبول أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر . أو إلزامه هو بما يرفع عنه الفاحش في الغبن .

٢ - ويعتبر الغبن فاحشاً إذا زاد عند إبرام العقد على الخمس .

٣ - ولا يجوز دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجرى عن المغبول من ينوب عنه وقتاً للثأثوث . أو أذنت به المحكمة .

والمادة ١٦٤ تنص على أنه : يجوز للمعاقد مع المغبول أن ينوب لمدى أو العقد بطلب الفسخ . وذلك ما لم يكن المغبول هو الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة .



هذه المادة تتأهل المادة ٤٢٧ من التقنين الحالي التي تنص على أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كسب القانون بطريق المزااد العلني .

وقد اختلف الفقه في تفسير هذا النص . فذهب رأى الى ان المقصود فيه هو البيع الذي يحتم القانون ان يكون بالمزااد العلني ، كبيع عقار المد ، لتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم امكان قسمته عينا . بينما ذهب رأى اخر الى ان المقصود هو البيع الذي يتم بالمزااد وفقا لاجراءات رسمها القانون ، وبذلك يشمل الحالات التي يتحتم قانونا ان يكون البيع فيها بالمزااد العلني . كما يشمل الحالات التي لا يتحتم فيها ذلك متى تم البيع بالمزااد وفقا للاجراءات التي رسمها القانون . ومثل هذه الحالات الاخيرة ان تأمر المحكمة ببيع عقار غير كامل الاهلية بالمزااد العلني ، ويند هذا البيع وفقا للاجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الاهلية والغائب .

وقد رؤى ان يصاغ النص المقترح بوضوح طبقا لهذا المراءى الأخير . اذ ان البيع بالمزااد وفقا للاجراءات التي رسمها القانون ، سواء كان القانون يحتم ذلك أولا يحتم ، يكفي لتوفير الضمانات التي تكفل الحصول على اكبر ثمن ممكن للعقار المبيع .

والسند الشرعي لحكم المادة المقترحة ما يراه بعض الفقهاء من عدم جواز الطعن بالغبن اطلاقا كالتافعية ، وما يراه البعض الآخر من عدم جواز هذا الطعن الا للجاهل بالثمن أو الوصي والوكيل كالمالكية ( م ١٠٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ) .

## ٢ - آثار البيع .

### التزامات البائع .

#### ( مادة ٣٩٤ )

يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لانتقال الحق المبيع الى المشتري ، وبأن يمتنع عن أى عمل من شأنه ان يجعل انتقال الحق مستحيلا أو عسيرا .

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٨ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « لانتقال » بكلمة « لنقل » ، وكلمة « يمتنع » بكلمة « يكف » ، وكلمة « انتقال » بكلمة « نقل » .

وتطابق المادة ٥٣٥ من التقنين العراقي ، فيما عدا استعمال لفظ « يمتنع » بدلا من لفظ « يكف » .

وتقابل المادة ٤٨٨ من التقنين الأردني التي تنص على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيع الى المشتري مجردا من كل حق آخر وان يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية اليه » .

وتقابل المادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ من التقنين الكويتي :

فالمادة ٤٦٦ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا لم يكن من مقتضى البيع ان ينقل الملكية فور ابرامه ، وجب على البائع ان يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها ، وان يمتنع من أى عمل من شأنه ان يجعل هذا الانتقال مستحيلا أو عسيرا » .

والمادة ٤٦٧ تنص على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به » .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي يتضمن نصا ( م ٥٧٣ من المشروع ) يقضى بأن « يلتزم البائع ان يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع » ، وان يقدم له الاوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لانها مستفادة من القواعد العامة ( مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٥ في الهامش ) .

انظر المذكرة الايضاحية لنص التقنين الحالي في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٢ و ٤٣ .

وحكم المادة المقترحة يطبق للاصل الشرعي الذي يوجب الوفاء بالعقود ، الأمر الذي يقضى تمكن المشتري من الحصول على مقصود العقد وتمتعه .

#### ( مادة ٣٩٥ )

اذا كان البيع جزائيا ، انتقلت الملكية الى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات . ويكون البيع جزائيا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٢٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٨٦ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٥٣١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا كان المبيع عينا معينة بالذات أو كان قد بيع جزائيا . نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع » . وأما اذا كان البيع لم يعين الا بشروعه فلا تنتقل الملكية الا بالافراز ، .

ولم تكن هناك حاجة الى ان يذكر في النص المقترح الحالات الاخرى الواردة في نص التقنين العراقي ، لان النص المقترح يجعل على انتقال الملكية في الشيء المعين بالذات ، وهو ما تناولته المادة ٢١٩ من المشروع حيث تقول « العقد الذي بمقتضاه نكسب ملكية شيء أو حق عيني آخر يتحول من تلقاء ذاته هذا الحق ، اذا كان المقتد عليه شيئا معيننا بالذات وكان المنصرف هو صاحب الحق المنصرف فيه ، وذلك دون اخلال بالواعد المتعلقة بالتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري أو القواعد المتعلقة بالقيد في قانون السجل العيني بحسب الأحوال » .

اما انتقال الحق في الشيء المعين بالنوع فقد تناولته المادة ٢٢٠ من المشروع .

٤ - وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى لو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً .

وتقابل المادة ٨٧ : من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم البيع .

٢ - وإذا تم استيفاء الثمن ، تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع .

وتقابل المادة ٤٦ : من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً جازاً لاقتطاع على الانتقال للملكية إلى المشتري إلا بعد الوفاء بالثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم البيع .

٢ - فإذا تم الوفاء بالثمن ، اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع ، ما لم ينفق على غير ذلك .

( انظر المذكرة الإيضاحية لمص التقنين الحالي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩ - ٥١ ) .

والجوهرى في هذا الصدد من الناحية الشرعية هو جواز اشتراط تعليق انتقال الملكية إلى المشتري على الوفاء بالثمن كله . وهو صحيح شرعاً ، باعتباره شرطاً متعارفاً أى شرطاً مرعياً في العرف . وقد نصت المادة ٣٣١ من مرشد الحيران على أنه : إذا اشترط المبيعان في عقد البيع أن يشتري إذا لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، صح البيع والشرط . فإن أدى للمشتري الثمن في المدة المعينة لزم البيع ، وإن لم يؤديه في المدة المعينة أو مات في أنائها قبل أداء الثمن ففسد البيع .

وقد استأنس المشروع برأى الحنابلة فسي جواز شرط الخيار لأي مدة . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .  
( راجع الفوائد لابن رجب ص ٢٨٨ القاعدة ١١٨ ) .

أما شرط استيفاء البائع جزءاً من الأقساط مع إعطاء انقاضي حق النظر في هذا النوعين فهو شرط يجري عليه العرف كشرط حلول جميع الأقساط عند عدم وفاء قسط منها الذي قال به الحنفية .  
( انظر م ٣٢٦ من مرشد الحيران ) . وشرط التمويض هذا يعتبر تطبيقاً للقاعدة العامة في ضمان بالتسبب .

( مادة ٣٩٧ )

يلتزم البائع بتسليم البيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع .

وقد كان النص المقابل للمادة ٢٩ : من التقنين الحالي في المشروع التمهيدي ( م ٥٦٩ ) يتضمن فقرة أول تتناول انتقال الملكية في الشيء المعين بالذات وانتقالها في الشيء المعين بالنوع ، ولكن حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستتادة من القواعد العامة التي وردت في المادتين ٢٠٤ ، ٢٠٥ من التقنين الحالي ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤ - ٤٦ ) .

وفي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بمجرد العقد في البيع الجزاف ، كما هو الشأن في بيع الشيء المعين بالذات ، وهو حكم المادة المقترحة ( انظر المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١٩ من المشروع والمادة ٣٧٤ من المجلة ) .

( مادة ٣٩٦ )

١ - إذا كان البيع مؤجلاً الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري مؤجلاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم البيع .

٢ - فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط . ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً لأحكام التعويض الاتفاقي .

٣ - وإذا وفت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع .

٤ - وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً .

هذه المادة تطابق المادة ٣٠ : من التقنين الحالي . مع استبدال عبارة : وفقاً لأحكام التعويض الاتفاقي ، الواردة في الفقرة الثانية بعبارة : وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

وتتفق في أحكامها مع المادة ٥٣٤ من التقنين العراقي التي جاءت متفقة مع النص الوارد في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي . حيث تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان البيع مؤجلاً الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يسوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع .

٢ - فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم تسدد جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف أن تخفف التعويض المتفق عليه وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقية .

٣ - وإذا سددت الأقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع ، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣١ من التقنين الحالي .

وطابق المادة ٥٨٩ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٦٧ من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الاسلامي : ١٨٣ من مشروع فنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل اتي تنص على أنه : اذا وجد المشتري المبيع على غير ما رآه أو وصف له فله المسخ على التراضي ولا يستل خياره ما لم يوجه منه ما يدل على رصاه .

#### ( مادة ٣٩٨ )

يشمل التسليم ملحقات المبيع . وبوجه خاص كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله . وذلك وفقا لتعدد المتعاقدين وعرف الجهة وما تقضى به طبيعة الأشياء .

هذه المادة تنص في حكمها مع المادة ٤٣٢ من التقنين الحالي اتي تنص على أن : يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة لاستعمال هذا الشيء . وذلك صفا لما تقضى به طبيعة الأشياء . وعرف الجهة وتعدد المتعاقدين .

وقد عدلت صياغة هذا النص على نحو يتصح منه أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع يعتبر بوجه خاص من ملحقاته . كما روعيت فيه الأولوية الواجبة لما يرجع اليه في تحديد ملحقات المبيع . اد القاعدة أن أول ما يرجع اليه في هذا التحديد هو الاتفاق . فاذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات أو عدم اعتباره كذلك . وجب الأخذ بما قصد اليه المتعاقدان في هذا الاتفاق . واذا لم يوجد اتفاق . وجب الأخذ بما يقضى به العرف . واذا لم يوجد اتفاق ولا عرف . وجب اتباع ما تقضى به طبيعة الأشياء .

والمادة المقترحة تنص في حكمها مع ما جاء في المسابح ٥٣٦ و ٥٣٧ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٣٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه الى المشتري عند عبء الثمن .

والمادة ٥٣٧ تنص على ما يأتي :

يدخل في البيع من غير ذكر :

( ١ ) ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرا الى الفرض من الشراء . فاذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبيعها المربيح .

( ب ) توابع المبيع المتصلة المستقرة . فاذا بيعت دار دخل اليسان الواقع في حدودها والطرقات الخاصة المتصلة الى الطريق العام وحقوق الاربعان التي للدار . واذا بيعت عرصة دخان الاشجار المتروكة على سبيل الاستمرا .

( ج ) كل ما يجري العرف على أنه من مشتقات المبيع .

وتنص في حكمها مع ما جاء في المادة ٤٩٠ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال فزاز وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما يجري العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد .

وسبق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥٥٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي : يشمل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه . وذلك وفقا لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وتعدد المتعاقدين . انظر المادة ٥٧٢ من المشروع السعودي متقنين المصري الحالي .

وهي المقابلة للمادة ٤٣٢ من هذا التقنين . وتذكرتها الايضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٤ - ٥٧ .

وسبق في حكمها مع أحكام الفقه الاسلامي في هذا الصدد .

انظر في ذلك المواد ٢٣٠ - ٢٣٣ من المجلة والمواد ٤٦٩ - ٤٧٧ من مرسوم الحيرى .

#### ( مادة ٣٩٩ )

اذا عين في العقد مقدار المبيع . كان البائع مسئولا عن نقص هذا المقدار بحسب ما يقضى به العرف . فالم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطالب فسخ العقد لنقص في المبيع . الا اذا اثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما اتم العقد .

هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٣٢ من التقنين الحالي وتطابق المادة ٦٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المواد ٥٤٣ و ٥٤٤ و ٥٤٥ و ٥٤٦/١ من التقنين العراقي .

فالمادة ٥٤٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : اذا بيعت جملة من الكميات أو جملة من المؤنات أو المزروعات التي ليس في تباعها ضرر أو من الكميات المتفاوتة مع بيان قدرها . وسمى ثمنها جملة أو بسعر الوحدة . ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا . كان المشتري محيرا ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المقدار الموجود بحصنه من الثمن . واذا ظهر المبيع زائدا فائز بزيادة للبائع .

والمادة ٥٤٤ تنص على ما يأتي :

١ - اذا بيعت جملة من المؤنات أو المزروعات التي في تباعها ضرر . أو من الكميات المتفاوتة مع بيان قدرها . وسمى ثمنها جملة . ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا . فالمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن . الا اذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحصنه من الثمن .

هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ من القانونين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اما اذا تبين ان القدر الذي يشمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، وجب على المشتري اذا كان المبيع غير قابل للتبويض ، ان يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له ان يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق بخلافه » .

وهذا النص لا يتناول الا فرضا واحدا من الفروض التي يمكن ان تعرض في حالة زيادة المبيع على ما ذكر في العقد ، وهو ان يكون الثمن مقدرا بحساب الوحدة ويكون المبيع غير قابل للتبويض ، ولذلك روي في النص المقترح ان تصاف حالتان اخريان يمكن ان تعرضا في حالة زيادة المبيع ، وهما حالة ما اذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ويكون المبيع قابلا للتبويض ، وحالة ما اذا كان الثمن مقدرا بحملة واحدة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٧٠ من القانونين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا تبين ان قدر المبيع يزيد على ما حدد في العقد ، وكان الثمن مقدرا بالوحدة ، فان كان المبيع قابلا للتبويض كانت الزيادة للبائع ، والم المشتري اخذها بما بقاها من الثمن ، وان كان المبيع غير قابل للتبويض ، وجب على المشتري ان يدفع ثمن الزيادة ، ما لم تكن جسيمة فيجوز له ان يطلب فسخ العقد .

٢ - فاذا كان الثمن مقدرا بحملة واحدة ، تكون الزيادة للمشتري ما لم تكن من الجسيمة بحيث لو كان يعلمها البائع لما اتم العقد ، وفي هذه الحالة يكون المشتري بالخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة في المبيع وبين فسخ البيع .

٣ - وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغيره .

وتقابل المواد ٥٤٣ و ٥٤٤ و ٥٤٥ و ٥٤٦ / ١ من القانونين العراقي ، وقد تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

وتقابل المادة ٤٩٥ من القانونين الأردني ، وقد تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

انظر في الفقه الاسلامي المواد ٢٢٠ - ٢٢٩ من المحلة والمواد ٤٤٨ - ٤٥٣ من مرشد الحبران .

#### ( مادة ٤٠١ )

اذا وجد في المبيع عجز او زيادة ، فلا تتمتع دعوى المشتري باتفاق الثمن او فسخ العقد ، ولا دعوى البائع برد الزيادة او تكملة الثمن ، اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا .

٢ - واذا وجد المبيع زائدا ، فالزيادة للمشتري ، على انه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على ان يعطى البائع عرضا في مقابل الزيادة ، .

والمادة ٥٤٥ تنص على ما يلي : « اذا بيعت حملة من المؤنونات او المزروعات التي في تبويضها صرر او من الكميات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائدا او ناقصا عند التسليم ، فللمشتري فسخ البيع و اخذ المبيع بحصته الثمن ، .

والمادة ١/٥٤٦ تنص على ما يأتي : « في الاحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة ، لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع ، الا اذا كان النقص او الزيادة قد حاوز خمسة في المائة من القدر المحدد لشيء المبيع ، .

وتقابل المادة ٤٩٢ من القانونين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« اذا عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص او زيادة ولم يوجد اتفاق او عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية :

١ - اذا كان المبيع لا يضره التبويض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينا والنقص من حسابه سواء كان الثمن محددا لكل وحدة قياسا ام لجموع المبيع .

٢ - اذا كان المبيع يضره التبويض وكان الثمن محدد على اساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه .

٣ - اذا كان المبيع مما يضره التبويض وكان الثمن المسمى لجموعه فالزيادة للمشتري والنقص لا يقاومه شيء من الثمن .

٤ - كلما كانت الزيادة او النقص تازم المشتري اكثر مما اشترى او تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع ما لم يكن المقدور تأفها ولا يخل النقص في مقصود المشتري .

٥ - اذا تساء المشتري المبيع مع علمه بأنه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ المشار اليه في الفقرة السابقة .

انظر في الفقه الاسلامي المواد ٢٢٠ - ٢٢٩ من المحلة والمواد ٤٤٨ - ٤٥٣ من مرشد الحبران .

#### ( مادة ٤٠٠ )

اذا تبين ان مقدار المبيع يزيد على ما ذكر في العقد ، وكان الثمن مقدرا بحساب الوحدة ، فان كان المبيع قابلا للتبويض كانت الزيادة للبائع ، وان كان المبيع غير قابل للتبويض وجب على المشتري ان يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له ان يطلب فسخ العقد ، واذا كان الثمن مقدرا بحملة واحدة ، كانت الزيادة للمشتري ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق بخلافه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣٥ من التقنين الحالي مع استبدال لفظ « حائل » بلفظ « عائق » ، واستبدال لفظ « المبيع » بمعبارة « الشيء المبيع » ، في الفقرة الأولى .

وتطابق المادتين ٤٧٢ و ٤٧٣ من التقنين الكويتي مع اختلاف لفظ بسيط .

وتتفق في أحكامها مع أحكام المواد ٥٣٨ و ٥٣٩ و ٥٤٠ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٣٨ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل .

٢ - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذاً من البائع له في القبض .

والمادة ٥٣٩ تنص على أنه « إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترائها من المالك ، فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة » .

والمادة ٥٤٠ تنص على ما يأتي :

١ - إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائعه أو باعه منه أو وهبه إياه أو رهنه له أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع .

٢ - وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري .

وتقابل المواد ٤٩٤ و ٤٩٥ و ٤٩٦ و ٤٩٧ و ٤٩٨ من التقنين الأردني :

فالمادة ٤٩٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - يتم تسليم المبيع أما بالفعل أو بأن يدخل البائع بين المبيع والمشتري مع الإذن له بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته .

٢ - ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته وبخلاف باختلاف حاله .

والمادة ٤٩٥ تنص على أنه « إذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليمًا ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

والمادة ٤٩٦ تنص على أنه « إذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري متسلمًا للمبيع في حالة معينة أو إذا أوجبت النصوص التشريعية اعتبار بعض الحالات تسليمًا اعتبر التسليم قد تم حكمًا » .

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب انقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكملة الثمن ، يستقط كل منهما بالتقدم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا » .

وقد ادخل على هذا النص التعديلان الآتيان :

( ١ ) الأخذ في النص المقترح ببدا عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الاسلامي ، وفقًا للخطة التي سار عليها المشروع ، بدلا من مبدأ سقوط الحق أو انقضائه بالتقدم الذي يأخذ به التقنين الحالي .

( ٢ ) الإشارة إلى دعوى البائع برد الزيادة إلى جانب الدعوى الأخرى لمواجهة إحدى الحالتين اللتين اضيفتا إلى النص السابق وفقًا لما ذكر فيما تقدم في خصوص هذا النص .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٤٦ / ٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « وعلى كل حال لا تسمع دعوى المشتري أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليمًا فعليًا » .

وتقابل المادة ٤٩٣ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا تسمع الدعوى بفسخ العقد أو انقاص الثمن أو تكملة إذا انقضت سنة على تسليم المبيع » .

وتقابل المادة ٤٧٨ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « تسقط الدعوى بفسخ العقد أو انقاص الثمن أو تكملة أو رد الزيادة بسبب العجز أو الزيادة في المبيع إذا انقضت سنة واحدة من وقت التسليم » .

( انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٤ و ٦٥ ) .

وتستند المادة المقترحة في الفقه الاسلامي الى قاعدة تخصيص الفضاء رعاية لمصلحة المتخاصمين .

#### ( مادة ٤٠٢ )

١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون حائل ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديًا ، مادام البائع قد اعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة المبيع .

٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية .

## ( مادة ٤٠٤ )

إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه ،  
انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن الذي أداه ، إلا إذا كان الهلاك  
بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٧ من التقنين الحالي التي تنص على  
أنه : إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ  
البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد اعذار المشتري  
لتسلم المبيع .

وقد عدل هذا النص على النحو الوارد في المادة المقترحة بحيث  
يكون الهلاك لسبب لا يد للبائع ولا للمشتري فيه ، لأن هذا هو  
المقصود بالحكم المنصوص عليه . فإذا كان الهلاك بفعل البائع ، كان  
هو المسئول عن الهلاك فيرد الثمن إلى المشتري ، كما يكون مسئولاً  
عن تعويض المشتري عما أصابه من الضرر . وإذا كان الهلاك بفعل  
المشتري ، كان هو المسئول عن الهلاك ويجب عليه دفع الثمن إلى  
البائع . وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولا حاجة فيه إلى نص  
خاص . وقد كان هذا النص موجوداً في المشروع التمهيدي للتقنين  
لأحالي ( م ٥٨٣ ) ، ولكنه حُذف لأنه مستفاد من القواعد العامة  
( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٧٧ و ٧٨ في الهامش .

ولهذا روي عدم إيراد مثل هذا النص الخاص ، على خلاف ما جرت  
عليه بعض الميقاتيات العربية الأخرى ، مادام أنه مجرد تطبيق للقواعد  
العامة .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع أحكام الفقه الإسلامي ، وهي تجعل  
الهلاك على البائع قبل التسليم . فيد البائع على المبيع قبل قبض يد  
ضمان لا يد أمانة . انظر في هذا المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة  
في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٥٨١ - ٥٨٣ ) . وانظر  
م ٢٩٣ و ٢٩٤ من المجلة و م ٤٦٠ - ٤٦٢ من مرشد الحيران و م ٢٥١  
من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل التي تنص  
على أن : ما كان من ضمان البائع إذا عرضه على المشتري فامتنع عن  
قبضه لغير مانع صار في ضمان المشتري .

والمادة المقترحة تقابل المواد ٤٧٨ و ٤٧٩ و ٤٨٠ من التقنين  
الكويتي .

فالمادة ٤٧٨ من هذا التقنين تنص على أنه : إذا هلك المبيع قبل  
تسليمه لسبب أجنبي لا يد لأحد المتبايعين فيه ، انفسخ البيع واسترد  
المشتري ما أداه من ثمن ، وذلك ما لم يكن الهلاك بعد اعذار المشتري  
لتسلم المبيع .

والمادة ٤٧٩ تنص على أنه : إذا هلك المبيع في جزء منه أو لحقه  
التلف قبل التسليم لسبب أجنبي لا يد لأحد المتبايعين فيه ، كان للمشتري  
الحق في انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع . فإذا كان الهلاك  
أو التلف جسيماً بحيث أو كان موجوداً عند البيع لما أبرمه ، كان له  
فسخ البيع . وذلك كله إذا كان الهلاك أو التلف حاصلًا قبل اعذار  
المشتري لتسلم المبيع .

والمادة ٤٩٧ تنص على أن : يتم التسليم حكماً بتسجيل المبيع باسم  
المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل  
الرسمي .

والمادة ٤٩٨ تنص على ما يأتي :

• يعتبر التسليم حكماً أيضاً :

١ - إذا أبقى البائع المبيع تحت يده على طلب المشتري .

٢ - إذا أذن البائع المشتري بدفع الثمن وتسليم المبيع خلال مدة  
معقولة ولا اعتبر منسلماً فلم يفعل .

انظر النص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي ( م  
٥٧٦ ) ومذكرته الإيضاحية ومناقشة اللجان له في مجموعة الأعمال  
التحضيرية ج ٤ ص ٦٧ - ٧٠ .

وانظر في الفقه الإسلامي المواد ٢٦٢ - ٢٧٧ من المجلة والمواد ٤٣٤ -  
٤٤٣ من مرشد الحيران .

## ( مادة ٤٠٢ )

إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل  
إليه . ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٣٦ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٤٩٩ / ٢ من التقنين الأردني التي تنص  
على أنه : إذا تضمن العقد أو اقضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا  
يتم التسليم إلا إذا جرى إيصاله إليه . ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

وتتفق في حكمها مع المادة ٤٧٦ من التقنين الكويتي التي تنص  
على أنه : إذا التزم البائع بإرسال المبيع إلى مكان معين ، فلا يتم  
التسليم إلا بوصوله فيه ، ما لم يتفق على غير ذلك .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في  
المشروع التمهيدي ( م ٥٧٧ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤  
ص ٧١ و ٧٢ .

وانظر في الفقه الإسلامي م ٢٨٧ و ٢٩٣ من المجلة و م ٤٤٦ من  
مرشد الحيران و م ٣٤١ و ٣٤٢ من مجلة الأحكام الشرعية على المذهب  
الحنبلي .

والمادة ٤٨. تنص على ما يأتي :

١ - إذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشتري بقي ملتزماً بالثمن كاملاً .

٢ - فإذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع إلى البائع ، كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع أو انقاص الثمن بقدر نقص القيمة ، وذلك دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتض .

وتقابل المواد ٥٠٠ و ٥٠١ و ٥٠٢ من التقنين الأردني .

فالمادة ٥٠٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه ، انفسح البيع واسترد المشتري ما آداه من الثمن .

٢ - فإذا تلف بعض المبيع بخير المشتري أن شاء فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقي بحصنه من الثمن .

والمادة ٥٠١ تنص على ما يأتي :

١ - إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري اعتبر قابضاً للمبيع ولزمه آداء الثمن .

٢ - إذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته ونملك ما بقي منه .

والمادة ٥٠٢ تنص على ما يأتي :

١ - إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار أن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته .

٢ - وإذا وقع الاتفاق على بعض المبيع كان للمشتري الخيار بين الأمور التالية :

(أ) فسخ البيع .

(ب) أخذ الباقي بحصنه من الثمن وبنفسه المبيع فيما تلف .

(ج) امضاء العقد في المبيع كله بإثمن التمسى والرجوع على المتلف بضمان ما ألتف .

وتقابل المادتين ٥٤٧ و ٥٤٨ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٤٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعداد المشتري لتسلم المبيع . وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع انقاص الثمن .

٢ - على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى والزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية .

والمادة ٥٤٨ تنص على ما يأتي .

١ - ما يقبض على سبب الشراء مع مسؤولية المبيع إذا هلك أو ضاع في يد القابض ، لزمه ضمان . أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده ، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو نقص من منه .

٢ - وما يقبض على سبب النظر ، سواء بين ثمنه أو لم يبين ، يكون أمانة في يد القابض ، فلا يضمن إذا هلك دون تعد .

وواضح من هذه النصوص ، سواء في التقنين الكويتي أو التقنين الأردني أو التقنين العراقي ، أن أحكامها تتفق مع أحكام المادة المقترحة وما يكملها من القواعد العامة وفقاً لما تقدم بيانه . وذلك فيما عدا أن التقنين العراقي يزيد على ذلك فيبين من يتحمل ثمنه الهلاك في القبض على سبب الشراء والقبض على سبب النظر مستنداً ذلك من أحكام الفقه الإسلامي .

وفي الفقه الإسلامي يد القابض على سبب الشراء ، إذا سمي الثمن ، يد ضمان . وإذا لم يسم الثمن في سبب الشراء ، وسواء سمي أولم يسم في سبب النظر ، فإن يد القابض تكون يد أمانة فيهلك الشيء على المالك لأجل القابض ( م ٢٩٨ و ٢٩٩ من المجلد ٥٤٨ مدني عراقي ) .

( مادة ٤٠٥ )

إذا هلك بعض المبيع أو أصابه زنى قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه ، جاز للمشتري إذا أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص في قطعة المبيع جسدياً بحيث لو طرأ قبل العقد لم يتم البيع . وأما إن بقي البيع مع انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع ، وهذا ما لم يكن الهلاك أو التلف قد حصل بعد إعداد المشتري لتسلم المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٣٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لم يتم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن » .

والحكم الذي ينضمه نص التقنين الحالي هو الحكم ذاته في المادة المقترحة بحسب ما يستخلص من سياق النصوص في هذا التقنين . فما أضيف في المادة المقترحة إنما يرجع إلى الرغبة في الإيضاح .

وهنا أيضاً ، على غرار ما تقدم ذكره تحت المادة السابقة ، رؤى عدم إيراد نص خاص بتناول حكم الهلاك الجزئي أو التلف الذي يرجع إلى فعل البائع أو إلى فعل المشتري ، على خلاف ما حرت عليه بعض التقنينات العربية الأخرى ، مادام أن مثل هذا النص لن يكون سوى مجرد تطبيق للقواعد العامة .

٣ - تعديل عبارة « ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع » الى « ولو ادعى الأجنبي حقا نشأ بعد البيع » ، وذلك ابصاراً لتوخياً للدقة في التعبير ، اذا ان التعرض يتحقق فعلاً بمجرد الادعاء ولو لم يكن التعرض محققاً في ادعائه .

٤ - تعديل عبارة « اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » الى « اذا كان هذا الحق قد آل اليه نتيجة لفعل البائع » ، لأن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل الى الغير نتيجة لفعل البائع ، وهذا يشمل ما اذا كان الأجنبي قد استمد حقه من البائع ، كما يشمل ما اذا كان الحق قد آل الى الأجنبي نتيجة لفعل البائع ولو لم يكن الحق مستمداً من البائع نفسه .

( انظر المادة المتابلة لنص التفنيح الحال في المشروع التمهيدي م ٥٨٤ ) ومذكرتها الايضاحية والتعديل الذي ادخل عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٨٠ - ٨٣ ) .

والمادة المقترحة تنفق في حكمها مع المادة ٥٤٩ من التفنيح العراقي الى نص على ما يأتي :

١ - يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل اجنبي يدعى أن له حفا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري . .

٢ - ويثبت ضمان الدريس ، ولو لم ينص عليه في العقد . .

وتنق في حكمها مع المادة ٥٠٣ من التفنيح الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير يعترض المشتري اذا كان سبب الاستحقاق سابقاً على عقد البيع .

٢ - ويضمن البائع ايضاً اذا استند الاستحقاق الى سبب حادث بعد البيع ناشئ عن فعله . .

وتنق في حكمها مع المادتين ٤٨١ و ٤٨٢ من التفنيح الكويتي :

المادة ٤٨١ من هذا التفنيح تنص على أن « يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع كله او بعضه ولو اتفق على غير ذلك » .

والمادة ٤٨٢ تنص على أن « يضمن البائع التعرض للمشتري في المبيع كله او بعضه من أي شخص يدعى حفا على المبيع يحتج به على المشتري ، كما يكون ملزماً بالضمان ولو ادعى المتعرض حفا نشأ بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع او كان نتيجة لفعله » .

انظر في الفقه الاسلامي : مرشد الحبران م ٤٢٨ / ٣ و ٩١٩ و ٩٩٣ ، ٤٩٥ - ٥٠٢ و ٥٠٥ و ٥٠٦ و ٥٠٩ - ٥١١ .

: المجلة م ٦٦٦ .

: مشروع تفنيح الشريعة الاسلامية

على مذهب الامام مالك باشراف مجمع البحوث الاسلامية م ٧٢ .

وينفق حكم المادة المقترحة مع احكام الفقه الاسلامي . انظر في هذا : ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ و ٤٨ . وكذلك المادة ٣٨ من مشروع تفنيح الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة باشراف مجمع البحوث الاسلامية ، ومذكرتها الايضاحية ، والمادتين ٦٩ و ٧٠ من مشروع تفنيح الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

والمادة المقترحة تنفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥٤٧ / ١ من التفنيح العراقي . حيث جاء فيها : « . . . واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لثلف اصاحه » فاشتري مخر بين فسخ البيع وبين بقاءه مع انقاص الثمن . .

وتنق في حكمها مع المادة ٥٠٠ / ٢ من التفنيح الأردني التي تنص على ما يأتي : « فاذا تلف بعض المبيع بحرق المشتري ان شاء فسخ البيع او اخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن » .

وتنق في حكمها مع المادة ٤٧٩ من التفنيح الكويتي التي تنص على انه « اذا هلك المبيع في جرم منه و لعله السب قبل التسليم لسبب اجنبي لا بد لاحد المتعديين فيه » كان للمشتري الحق في انقاص الثمن بعد ما نقص من قيمة المبيع . فاذا كان الهلاك او الثلف جسيماً بحيث لو كان موجوداً عند البيع لسا ابرمه . كان له فسخ البيع . وذلك كله اذا كان الهلاك او الثلف حاصل قبل اعداد للمشتري لتسلم المبيع . .

( ماده ٤٠٦ )

يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه ، سواء كان التعرض من فعله او من فعل اجنبي يدعى أن له حفا متعلقاً بالمبيع وقت البيع يحتج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ايضاً ، ولو ادعى الأجنبي حفا نشأ بعد البيع ، اذا كان هذا الحق قد آل اليه نتيجة لفعل البائع .

هذه المادة تنفق في حكمها مع المادة ٤٣٩ من التفنيح الحال التي تنص على ما يأتي : « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه ، سواء كان التعرض من فعله او من فعل اجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » .

وقد ادخلت على هذا النص التعديلات الآتية :

١ - تعديل عبارة « فعل اجنبي يكون له وقت البيع حق » الى « فعل اجنبي يدعى أن له حفا » ، وذلك لتوخياً للدقة في التعبير ، اذا ان التعرض يتحقق فعلاً بمجرد الادعاء ولو لم يكن هذا الادعاء على أساس .

٢ - تعديل عبارة « حق على المبيع » الى « حفا متعلقاً بالمبيع » ، وذلك حتى يشمل النص الحق العيني والحق للشخصي .



## ( مادة ٤٠٧ )

١ - إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع ، وجب عليه أن يبادر إلى إخطار البائع بذلك ، ويكون على البائع بحسب الأحوال أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله .

٢ - فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم وتم يتدخل البائع في الدعوى ، وجب عليه : ضمان ، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه .

٣ - وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا ثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق .

الفقرة الأولى من هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٤٤٠ من التقنين الحالي التي تنص على أنه : إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع : بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات ، أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله .

وقد عدلت في هذه الفقرة عبارة : وأخطر بها البائع ، إلى : وجب عليه أن يبادر إلى إخطار البائع بذلك ، وذلك لإظهار أن الإخطار واجب يقع على المشتري ، مادام أن علم القيام به يؤدي إلى فقد حقه في الرجوع بالضمان . وعدلت كلمة : كان ، إلى : ويكون ، لأن سياق العبارة يقتضي ذلك . وحذفت عبارة : ووفقاً لقانون المرافعات ، ، لأنها من قبيل التزييد .

أما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة فتطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٤٠ من التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٣ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع كلياً أو جزئياً وجب عليه المبادرة بإدخال البائع فيها .

٢ - فإذا لم يقم بإدخاله وصدر لصالح الغير حكم نهائي ، سقط الضمان عن البائع إذا ثبت أن إدخاله في دعوى الاستحقاق كان من شأنه أن يؤدي إلى رفضها .

وتقابل المادة ٥٠٤ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - الخصومة في استحقاق المبيع قبل تسلمه يجب أن توجه إلى البائع والمشتري معاً .

٢ - فإذا كانت الخصومة بعد تسلم المبيع ، وأراد المشتري الرجوع على البائع ، وجب إدخاله في الدعوى .

وتقابل المادة ٥٥١ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا يرجع المشتري بالضمان إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بنكوله .

٢ - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت إلا بإقراره أو بنكوله ، إذا كان حسن النية وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعاه للدخول معه في الدعوى فلم يفعل . هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق .

والسند الشرعي لحكم المادة المقترحة هو ما تقتضيه المحافظة على مصالح وحقوق البائع وتمكيه من دفع دعوى الاستحقاق ، وبذلك يسلم له ملكه وينفذ عنده ، وفي هذا مصلحة أيضاً للمشتري .

انظر المادتين المابيتين لتقنين الحال في المشروع التمهيدى ( م ٥٨٥ و ٥٨٦ ) ومذكرهما الإيضاحية والتعديلات التي أدخلت عليهما في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٨٤ - ٨٨ .

## ( مادة ٤٠٨ )

يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه عن هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضاى . متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم فلم يتدخل البائع فيها . هذا ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٤١ من التقنين الحالي التي تنص على أن : يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضاى . متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه .

وقد عدلت في هذه المادة عبارة : ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل ، إلى : فلم يتدخل البائع فيها . وعدلت عبارة : كل ذلك ، إلى : هذا .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٥١ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا يرجع المشتري بالضمان إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بنكوله .

٢ - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت إلا بإقراره أو بنكوله ، إذا كان حسن النية وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعاه للدخول معه في الدعوى فلم يفعل . هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق .

وتقابل المادة ٥٥٢ من التقنين المرافق التي تنص على أنه : إذا أنبت المشتري الاستحقاق وحكم له ، ثم اتفق مع المشتري على ترك البيع بعوض ، يعتبر هذا شراءاً للمبيع من المشتري ، وللمشتري أن يرجع على بائعه بالضمان .

انظر للذكرة الإيضاحية المادة المقابلة لنص التقنين الحالي (م ٥٨٨) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩١ و ٩٢ .

وحكم المادة المقترحة بتناول صورة من الصلح أشار إليه في المادة السابقة ، وذلك بدفع عوض لدعى الاستحقاق ، وهذه الصورة تستند إلى القاعدة التشريعية التي تنص بأن من أدى مالا حفظ به مال غيره كان له أن يسترده . إذ الفروض في هذا وفي ضوء المادة السابقة أن المشتري فيما قام به كان حسن نية وأنه أخطأ البائع ودعاه إلى التدخل فلم يفعل وإن البائع عجز عن إثبات عدم استحقاق الأجني .

( مادة ٤١٠ )

إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري أن يطلب من البائع :

- ١ - ثمن المبيع .
- ٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .
- ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المشتري ، وكذلك المصروفات الكفالية إذا كان البائع سيء النية .
- ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطأ البائع بالدعوى .
- ٥ - وبوجه عام ، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٤٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

- إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع :
- ١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

- ٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .
  - ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المشتري ، وكذلك المصروفات الكفالية إذا كان البائع سيء النية .
  - ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطأ البائع بالدعوى .
  - ٥ - وبوجه عام ، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .
- كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله .

وتقابل المادتين ٥٠٧ و ٥٠٨ من التقنين الأردني :

فالمادة ٥٠٧ من هذا التقنين تنص على أنه : لا يملك للمشتري الرجوع على البائع إذا كان الاستحقاق مبنياً على إقراره أو تكوله من البين .  
والمادة ٥٠٨ تنص على ما يأتي :

١ - إذا صالح المشتري مدعى الاستحقاق على مال قبل القضاء له وأنكر البائع حق المدعى ، كان للمشتري أن يثبت أن المدعى محق في دعواه ، وبعد الإثبات يغير البائع بين أداء ما يعادل بدل الصلح أو رد الثمن إلى المشتري .

٢ - وإذا كان الصلح بعد القضاء للمشتري احتفظ المشتري بالمبيع وحق له الرجوع على البائع بالثمن .

انظر المادة المقابلة لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي (٥٨٧) ومذكرتها الإيضاحية والتعديل الذي أدخل عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٨٨ - ٩٠ .

وفي الفقه الإسلامي نصف المادة ٤٩٦ من مرشد الحيران على ما يأتي :  
ولا يرجع المشتري بالثمن على البائع إلا إذا ثبت استحقاق المبيع عليه بالبينه . فإن ثبت استحقاقه بإقرار المشتري أو وكيله أو بتكول المشتري أو وكيله ، فلا يكون له حق في الرجوع على البائع . وحكم المادة المقترحة يعقد بإقرار المشتري في ظروف تفيد إقرار البائع بدعوى الأجني ، وذلك في ضوء حسن نية المشتري في إقراره وإخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم فلم يتدخل وعجز البائع عن إثبات عدم استحقاق الأجني . وفي هذا ما يتفق بمفهوم المخالفة مع حكم المادة ٤٩٦ من مرشد الحيران .

( مادة ٤٠٩ )

إذا توفي المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شي آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع جميع المصروفات .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٢ من التقنين الحالي ، مع حذف عبارة الفوائد القانونية .

وهي تقابل المادة ٥٠٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا صالح المشتري مدعى الاستحقاق على مال قبل القضاء له وأنكر البائع حق المدعى ، كان للمشتري أن يثبت أن المدعى محق في دعواه ، وبعد الإثبات يغير البائع بين أداء ما يعادل بدل الصلح أو رد الثمن إلى المشتري .

٢ - وإذا كان الصلح بعد القضاء للمشتري احتفظ المشتري بالمبيع وحق له الرجوع على البائع بالثمن .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استعفي عن البند الأول من هذه المادة بالعبارة الآتية :  
نعم المبيع .

٢ - حذفت العبارة الأخيرة من هذه المادة ، وهي التي تقول : وكل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله .

وحكم المادة المقترحة في رجوع المشتري على البائع بأشمن عند الاستحقاق ينطبق مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٤٩١ من مرشد الحيران على أن : البائع ضامن للمبيع بشمته عند استحقاقه للغير ، . راجع أيضا المادتين ١٩٩ و ٥٠٠ ، والمواد من ٥٠١ الى ٥٠٤ من مرشد الحيران .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٥٤ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت ، وله أن يسترد أيضا قيمة الثمار التي ألزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان يستطيع المشتري أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى .

٢ - أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي أنفقاها على المبيع وأن يطالب بتعويض عما لحقه من خساره أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

وتقابل المادة ٥٠٥ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا قضى باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن إذا أجاز البيع ويخلص المبيع للمشتري .

٢ - فإذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن .

٣ - ويضمن البائع للمشتري ما أحدثه في المبيع من تحسين تافه مقدرا بقيمته يوم التسليم للمستحق .

٤ - ويضمن البائع أيضا للمشتري الاضرار التي نشأت باستحقاق المبيع .

وتقابل المادة ٤٨٤ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا استحق المبيع كله ، كان للمشتري أن يسترد الثمن من البائع ويرجع عليه بكل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

٢ - ومع ذلك يقتصر حق المشتري على استرداد الثمن ، إذا أثبت البائع له أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق .

انظر المادة المسبلة لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي ( ٥٨٩ ) ومذكرته الايضاحية والتعديلات التي أدخلت عليها في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٤ - ٩٨ .

( مادة ٤٩١ )

١ - إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بحق أو قيد ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علم به لما أتم العقد ، كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه على أن يعرضه البائع على النحو المبين في المادة السابقة .

٢ - وإذا اختار المشتري استيفاء المبيع ، أو كانت الخسارة ، التي لحقت له لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

الفقرة الأولى من هذه المادة تنفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٤٤٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

وقد استبدلت في هذه الفقرة عبارة : أو وجد مثقلا بحق أو قيد ، بعبارة : أو وجد مثقلا بتكليف ، للايضاح . فقد يكون المبيع ، مثقلا بحق ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق امتياز أو ضريبة . تحسين ترتبت على أعمال المنافع العامة . وقد يكون مثقلا بقيد ، كالفيد الناشئ من اعتماد خط التنظيم . ولكن لا يدخل في معنى القيد ما يفرضه القانون بصفة عامة على جميع الملاك .

كما أدخل على هذه الفقرة تعديل لفظي على النحو الوارد في المادة المقترحة .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فإنها مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٤٤ من التقنين الحالي .

وينفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي في استحقاق بعض المبيع . فقد نصت المادة ٥٠٥ من مرشد الحيران على أنه : إذا استحق بعض المبيع قبل القبض بطل البيع في القدر المستحق وبخير المشتري في الباقي أن شاء رده ورجع بجميع الثمن وإن شاء أمسكه ورجع بحصة المستحق سواء أورث الاستحقاق عبداً في الباقي أم لا . كما نصت المادة ٥٠٦ على أنه : إذا قبض المبيع كله فاستحق بعضه بطل البيع بأكمله . ثم أن أحدث الاستحقاق عبداً في الباقي وبخير المشتري أن شاء رده ورجع بجميع الثمن وإن شاء أمسكه ورجع بثلث المستحق . وإن لم يحدث عبداً في الباقي يأخذه المشتري بلا أخبار ويرجع بحصة المستحق .

هذه المادة مستحدثة . وبمقتضاها يعفى البائع مع ضمان حق أو قيد يكون المبيع منفلا به إذا أبان عنه للمشتري . ذلك أن قبول المشتري للمبيع بعد أن أبان البائع عما ينقله من حق أو قيد يستعاد منه نزول المشتري عن الضمان ، وبالتالي إعفاء البائع منه . غير أنه إذا كان القيد الذي ينقل المبيع قيده قانونيا على الملكية ، بحيث يفرضه القانون على جميع الملاك ، فلا يضمنه البائع سواء أبان عنه للمشتري أو لم يبين عنه ، وسواء ثبت أن المشتري يعرفه أو لم يثبت ، مادام أنه قيد بفرضه القانون ويفترض علم المشتري به .

والواقع أن قيود الملكية بهذا المعنى ، كحقوق الشرب والمجبرى والمسبل والمرور ، ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، إذ أنها قيود قانونية مفروضة على جميع الملاك .

وبذلك لا يضمنها البائع حتى لو ضمن خلو المبيع من حقوق الارتفاق

وقد روي في ظل المادة المقترحة أن يستغنى عن حكم الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ من التقنين الحالي التي تنص على أن « يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا . أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » .

فإذا كان المبيع متقلا بحق ارتفاق ، فلا يضمنه البائع إذا كان قد أبان عنه للمشتري ، وذلك طبقا لما تنص به المادة المقترحة . وإذا كان حق الارتفاق ظاهرا ، ولم يبين عنه البائع للمشتري ، سري حكم القواعد العامة ، حيث يتحمل البائع بالضمان ولا يكفي لاستقاط هذا الضمان أن يكون المشتري عالما بحق الارتفاق . وليس هناك ما يدعو إلى الإبقاء على حكم التقنين الحالي الذي يقضي بعدم الضمان إذا كان حق الارتفاق ظاهرا حتى ولو لم يبين عنه البائع للمشتري ، فهذه خصوصية ترجع إلى تقاليد القانون الروماني ولم يعد هناك مبرر للاخذ بها .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « لا يضمن البائع حقا ينقص من انتفاع المشتري بالمبيع إذا كان قد أبان عنه للمشتري وقت التعاقد أو كان هذا الحق ارتقاظا ظاهرا أو ناشئا عن قيد قانوني على الملكية » .

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو القبول الضمني من جانب المشتري مادام البائع قد أبان له عما ينقل المبيع من حق أو قيد . أما القيد القانوني على الملكية فهو قيد عام يفترض علم الكافة به .

#### ( مادة ٤١٣ )

١ - لا يجوز للمعاقد أن يتفقا على زيادة ضمان الاستحقاق أو انقاصه أو إسقاطه .

٢ - ولا يضمن علم المشتري بسبب الاستحقاق من وجوب الضمان على البائع .

والنص المقترح يعبر عن وجود عيب في المبيع بقوله أن خسارة المشتري قد بلغت مقدرا لو علم به لما أتم العقد ، إذ أن المقصود بالعيب في تعبير الفقه الإسلامي عما هو تفريق الصفقة على المشتري ربما يسببه من خسارة .

والتعويض المشار إليه في حالة استيفاء المبيع أو عدم بلوغ الخسارة المحددين في الفقرة الأولى يراد به حصة القدر المستحق من الثمن بالإضافة إلى تعويض الخسائر الأخرى .

والمادة المقترحة تنص في حكمها مع المادة ٤٨٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا استحق بعض المبيع ، أو ثبت عليه حق للغير ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت مقدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يرد المبيع وما أعاده منه على أن يعرض في حدود ما تقضى به المادة السابقة .

٢ - فإذا اختار المشتري استيفاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ القدر المبين في الفقرة الأولى ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وفقا لما تقضى به المادة السابقة .

وبمايل المادة ٥٥٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا استحق بعض المبيع ، أو كان مثله لا يتكليف لأعلم للمشتري به وقت العقد ، كان للمشتري أن يفسخ العقد .

٢ - وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا استحق بعض المبيع قبل أن يقبضه كله كان للمشتري أن يرد ما قبض ويسترد الثمن أو يعجل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق .

٢ - وإذا استحق بعض المبيع بعد قبضه كله وأحدث الاستحقاق عيبا في الباقي كان للمشتري رده والرجوع على البائع بالثمن أو التمسك بالباقي بحصته من الثمن وإن لم يحدث عيبا وكان الجزء المستحق هو الأقل فليس للمشتري إلا الرجوع بحصة الجزء المستحق .

٣ - فإذا ظهر بعد البيع أن على المبيع حقا للغير كان للمشتري الخيار بين انتظار رفع هذا الحق أو فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن .

#### ( مادة ٤١٣ )

لا يضمن البائع حقا أو قيدها ينقل المبيع إذا كان قد أبان عنه للمشتري أو كان هذا القيد قيده قانونيا على الملكية .

فلا يجوز الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق . ولا يجوز الاتفاق على انقاص هذا الضمان أو إسقاطه . سواء تمعد البائع اخفاء سبب الاستحقاق أو لم يتمعد ذلك . ويكون البائع مسئولاً عن أي استحقاق سواء نشأ هذا الاستحقاق من فعله أو نشأ من فعل الغير . وسواء كان المشتري يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو لا يعلمه . وحتى لو كان المشتري قد اشترى بسايط الخيار .

وذلك اتساعاً مع ما قرره المشروع في المادة ٢٢٩ منه التي تنص على ما يأتي :

- ١ - لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعاً القوة القاهرة .
- ٢ - وكذلك لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي .

وقد رأينا أن هذا الحكم يخالف ما نصت عليه المادة ١/٢١٧ و ٢ من القانون المصري الحالي والمادة ١/٢٥٩ و ٢ من القانون العراقي والمادتين ٢٩٥ و ٢٩٦ من القانون الكويتي .

ورأينا ما جاء في المادة ٥/٢٢٩ من المشروع قد روعي فيه مبدأ أساسي في الشريعة الإسلامية . هو ما جاء في الآية الكريمة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدماً على زيادة مسؤولية المدين أو الإعفاء منها .

وهذا المبدأ الشرعي هو الذي روعي أيضاً في حكم المادة المقترحة .

فهذا المبدأ من ناحية يدعو إلى عدم إلزام المتعاقد بأكثر مما يقتضيه حكم العقد . مما لا يسوغ معه أن يتفق على تحميل البائع بما يزيد في ضمان الاستحقاق . ويوجب من ناحية أخرى إلزام المتعاقد بما يقتضيه حكم العقد . مما لا يسوغ معه أن ينقو على انقاص ضمان الاستحقاق الذي يقع على عاتق البائع أو إسقاطه عنه . وما تقتضي به الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة . فلا يمنع علم المشتري بسبب الاستحقاق من وجوب الضمان على البائع . إذ أن المشتري قد يعتقد أن البائع سيحصل على ملكية المبيع من مالكه الحقيقي أو أنه سيدفع تعرض الأجنبي الذي له حقوق أخرى متعلقة بالمبيع . فإذا لم يتحقق ما يعتقد المشتري . فاستحق المبيع كله أو بعضه رجع إلى المشتري بضمان الاستحقاق على البائع .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما قرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد . فقد نصت المادة ٤٩٢ من مرسوم العدان على أنه « لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط » .

كما نصت المادة ٤٩٤ من مرسوم العدان على أن « علم المشتري يكون المبيع ليس ملكاً للبائع لا يمنع من وجوبه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » .

هذه المادة تقابل الفترتين الأولى والثانية من المادة ٤٤٥ والمادة ٤٤٦ من القانون الحالي .

فالمادة ٤٤٥ فقرة أولى . وثالثة من هذا القانون تنص على ما يأتي :

١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيد ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه . أو يسقطا هذا الضمان .

٢ - ويقع باطلاً كل شرط يستلزم الضمان أو يفسده إذا كان البائع قد تمعد اخفاء حق الأجنبي .

والمادة ٤٤٦ تنص على ما يأتي :

١ - إذا انق على عدم الضمان . بقي البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله . ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير . فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق . إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق . أو أنه اشترى سايط الخيار .

وتقابل المادتين ٥٥٦ و ٥٥٧ من القانون العراقي .

فالمادة ٥٥٦ من هذا القانون تطابق المادة ٤٤٥ من القانون المصري الحالي .

والمادة ٥٥٧ تنص على ما يأتي :

١ - إذا انق على عدم الضمان . بقي البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله . ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير . فإن البائع يكون مسئولاً عن رد الثمن فقط .

وتقابل المادتين ٤٨٧ و ٤٨٨ من القانون الكويتي .

فالمادة ٤٨٧ من هذا القانون تنص على ما يأتي :

١ - يجوز للمتعاقدين بالاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو انقاصه أو إسقاطه .

٢ - ومع ذلك يقع باطلاً كل شرط بانقاص الضمان أو إسقاطه . إذا كان البائع قد تمعد اخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئاً من فعله .

والمادة ٤٨٨ تنص على أنه « إذا كان شرط عدم الضمان صحيحاً . فإن البائع يكون مع ذلك مسئولاً عن رد الثمن . إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى سايط الخيار » .

وقد روى في المادة المقترحة الأخذ بما يخالف الأحكام الواردة في القانونين الحالي والعراقي والقانون الكويتي على شحور يكون الحكم فيه مطلقاً .

والمادة ٤٩٨ تنص على أنه : إذا لم يترافق في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه ، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض ، أو أن يستبدل المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات .

وتقابل المواد ٥١٢ / ٢ و ٥١٣ / ٣ و ٥١٤ و ٥١٥ / ١ و ٣ و ٢ من القانونين الأردني :

فالمادة ٥١٢ / ٢ من هذا القانون تنص على أن : تسري القواعد العامة بشأن خيار العيب ( انظر م ١٩٣-١٩٨ ) على عقد البيع مع مراعاة الأحكام التالية :

والمادة ٥١٣ / ٢ و ٣ و ٤ تنص على ما يأتي :

٢ - يعتبر العيب قديماً إذا كان موجوداً في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .

٣ - يعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستنداً إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع .

٤ - يشترط في العيب القديم أن يكون خفياً والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أولاً يتبينه للشخص أحادي أولاً يكشفه غير خبير أولاً يظهر إلا بالتجربة .

والمادة ٥١٤ / ١ و ٢ و ٣ تنص على ما يأتي :

١ - لا يكون البائع مسئولاً عن العيب لاقديم في الحالات الآتية :

١ - إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع .

٢ - إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب .

٣ - إذا ارضى المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر .

وبتفصيح من هذه النصوص أن شروط العيب الموجب للضمان واحدة في النص المقترح والتقنين المصري الحالي والتقنين العراقي والتقنين الكويتي والتقنين الأردني .

وهذه الشروط هي الشروط ذاتها في العقد الاسلامي : انظر في حصر المواد ٣٢٨ - ٣٤١ من المجلة ، والمواد ٥١٤ - ٥١٧ من مرشد الحيران ، والمواد ٨٤ و ٨٥ و ٩٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة ، والمادة ٨٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

وانظر في تحلف صفة كفل البائع للمشتري وجودها فيه : م ٩٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

وانظر المذكرة الايضاحية للنصوص المناقشة في المشروع التمهيدى لتقنين المصري الحالي ( م ٥٩٣ و ٥٩٤ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٠٩ - ١١٣ .

كما يتفق مع ما نصت عليه المادة ٥٠٦ من القانون الأردني وهي تطابق المادتين ٤٩٢ و ٤٩٤ من مرشد الحيران .

( مادة ٤٩٤ )

١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يترافق في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع في هذا الوقت عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد ومما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي اند له . ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن علاناً بوجوده .

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بضاية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٧ من القانونين الحالي ، مع إضافة عبارة : في هذا الوقت ، في الفقرة الأولى للإيضاح ، إذا أن شرط وقت التسليم يسرى على الحالتين المنصوص عليهما في صدر المادة .

وتقابل المادتين ٥٥٨ و ٥٥٩ من القانون العراقي :

فالمادة ٥٥٨ من هذا القانون تنص على ما يأتي :

١ - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان للمشتري مخيراً أن شاء رده وإن شاء قبله بنصفه المسمى .

٢ - والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمانات المبيع بعمده . ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .

والمادة ٥٥٩ تنص على أنه : لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه ، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى عنه العيب غشاً منه .

وتقابل المواد ٤٨٩ و ٤٩١ و ٤٩٨ من القانون الكويتي :

فالمادة ٤٩٣ من هذا القانون تنص على أن : يكون البائع ملزماً بالضمان وفقاً لأحكام المادة ٤٨٥ إذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي أعدد له .

والمادة ٤٩٥ تنص على أنه : لا يضمن البائع عيباً كان المشتري يعرفه وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أنه قد تعمد إخفاء غشاً منه .

## ( مادة ٤١٥ )

لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٨ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٩٠ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥١٢ / ١ من التقنين الأردني  
التي تنص على أن « يعتبر البيع منعقداً على أساس حلو المبيع من العيوب  
إلا ما جرى العرف على التسامح فيه » .

وتتفق في حكمها أيضاً مع ما يقرره الفقه الإسلامي . حيث من قواعد  
الكلية أن « المادة محكمة » . ( م ٢٦ من المجلة ) . ويتفرع عن ذلك  
أن « التفتين بالعرف كالعين بالنص » ( م ٤٥ من المجلة ) . وأن  
« المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ( م ٤٣ من المجلة ) . وأن « استعمال  
الناس حجة يجب العمل بها » ( م ٢٧ من المجلة ) . وأن « المعروف بين  
التجار كالمشروط بينهم » ( م ٤٤ من المجلة ) . انظر ما لا بعد عيباً  
في العرف في المادة ٥٢٣ من مرشد الحيران والمادة ٣٥٣ من المجلة .

## ( مادة ٤١٦ )

إذا تسلم المشتري المبيع . وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن  
يتمكن من ذلك ، وفقاً للمألوف في التعامل . فإذا كشف عيباً يضمنه  
البائع . وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة . فإن لم يفعل اعتبر  
قابلاً للمبيع .

٢ - أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد  
لمكتشفه المشتري . وجب عليه أن يخطره به البائع بمجرد ظهوره .  
والا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب .

هذه المادة تطابق المادة ٤٤٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٥٦٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٤٩٢ من التقنين الكويتي .

وما يقضى به النص المقترح من وجوب إخطار البائع بالعيب أمر  
تفرده به طبيعة الأشياء وما هو مألوف في التعامل . وهو ما يقره الفقه  
الإسلامي . فقد نصت المادة ١٠٢ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية  
على مذهب الإمام مالك على أنه « إذا حصل من المشتري بعد إطلاعه على  
عيب المبيع ما يدل عرفاً على الرضا بالعيب من قول أو فعل أو سكوت  
عن طلب الرد بالعيب أكثر من يومين بغير عذر سقط حقه في الرد به » .

## ( مادة ٤١٧ )

إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم . كان له أن يرجع  
بالضمان على النحو المبين في المادة ٤١١ .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع جاء في صدر المادة ٤٩٩ من التقنين الكويتي  
التي تنص على أن « يكون البائع ملزماً بالضمان وفقاً لأحكام المادة ٤٨٥  
إذا كان بالمبيع وقت البيع عيباً » .

وتقابل المادة ٥٥٨ / ١ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا  
ظهر في المبيع عيب فديم كان المشتري مخيراً أن شاء رده وإن شاء قبله  
بالثمن المسمى » .

وتطابق المادة ٥١٢ / ١ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا  
ظهر في المبيع عيب فديم كان المشتري مخيراً أن شاء قبله بالثمن المسمى  
وليس له أمساكه والمطالبة بما انقصه العيب من الثمن » .

انظر في الفقه الإسلامي المواد ٣٢٧ و ٣٥١ و ٣٥٢ من المجلة والمواد  
٥١٩ - ٥٢٣ من مرشد الحيران .

فقد جاء في المادة ٥١٦ من مرشد الحيران ما يأتي : « ما يبيع بيمين  
مطلقاً مقولاً بأن أو عفاً وظهر للمشتري عيب فديم فيه طه الخيار  
أن شاء قبله بكل الثمن وإن شاء رده وأسرده الثمن إن نال نفسه  
للبائع » . ونصت المادة ٥١٦ على أنه « إذا بيعت جملة أشياء صفقة  
واحدة وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فالمشتري مخير أن شاء قبلها  
بالثمن المسمى وإن شاء رد جميعها » . وليس له أن يرد العيب وحده  
ويأخذ أحسالم » . ونصت المادة ٥٢١ على أنه « إذا بيعت جملة أشياء  
صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب بعد التسليم فإن لم يكن في تفريقها  
ضرر فالمشتري أن يرد العيب منها بحصته من الثمن سائماً وليس  
له أن يرد الجميع بدون رضى البائع » . وإن كان في تفريقها ضرر فله  
أن يرد المبيع كله أو قبله بكل الثمن » .

وانظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين  
المصري الحالي ( م ٥٩٦ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤  
ص ١٢٢ - ١٢٤ .

## ( مادة ٤١٨ )

تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٩٣ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٥٦٤ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا هلك  
المبيع المعيب في يد المشتري فله رده عليه . ويرجع على البائع بنقصان  
الثمن » .

١ - سقط دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ - وليس للبائع أن يتمسك بالسقوط إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب عنها منه .

وتتفق في حكمها ، فيما عدا المدة ، مع المادة ٥٧٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ - وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان إذا ثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه .

وتتفق في حكمها ، فيما عدا المدة ، مع المادة ٥٢١ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - لا تسمع دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر على تسليم المبيع ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول .

٢ - وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان إذا ثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه .

والسند الشرعي للمادة المقترحة مبني على عدم سماع الدعوى بمرور الزمان قطعاً للخصومة في أقل وقت ممكن ، ما لم يقبل البائع مدة أطول من سنة لعدم سماع الدعوى أو يرتكب غشاً بإخفاء العيب .

( مادة ٤٢٠ )

يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٣ من التقنين الحالي .

ونطبق المادة ٤٩٥ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادتين ٥٦٧ و ٥٦٨ من التقنين العراقي :

فالمادة ٥٦٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - إذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه فلا خيار له في رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر .

٢ - وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، صح البيع والشروط وإن لم يسم العيوب . ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفي الحالة الثانية يبرأ من الوجود دون الحادث .

وتقابل المادة ٥١٦ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : إذا هلك المبيع المبيع بعيب دسم في بد المشتري أو استهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين المصري الحالي ( م ٥٩٧ ) والتعديل الذي أدخل عليه في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٤

وانظر في الفقه الإسلامي المادة ٥٣٠ من مرشد الحيران .

( مادة ٤١٩ )

١ - لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمها فعلياً ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بعدم سماع الدعوى لتمام التقادم إذا ثبت أنه ثبت تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

(١) استبدلت عبارة « لا تسمع دعوى ضمان العيب » في الفقرة الأولى بعبارة « تسقط بالتقادم دعوى الضمان » مراعاة للخطأ التي جرى عليها المشروع وهي الأخذ بفكرة عدم سماع الدعوى بالحق بدلاً من فكرة انقضاء الحق أو سقوطه بالتقادم التي يأخذ بها التقنين الحالي .

(٢) أضيف في الفقرة الأولى ما يفيد أن يكون تسليم المبيع تسليمياً فعلياً ، لأن هذا التسليم هو الذي يتيح للمشتري أن يكشف العيب ، فلا يكفي تسليم الحكمي . وبذلك يتسق الحكم مع ما هو مقرر في خصوص العجز والزيادة في مقدار المبيع من أن التسليم يجب أن يكون تسليمياً فعلياً ( م ٤٠١ من المشروع و م ٤٣٤ من التقنين الحالي ) .

(٣) استبدلت عبارة « أن يتمسك بعدم سماع الدعوى لتمام التقادم » في الفقرة الثانية بعبارة « أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٤٩٦ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :



والمادة ٥٦٨ ، وهي تتفق في حكمها مع المادة المقترحة ، تنص على ما يأتي :

١ - يجوز أيضا للمتعاقدین باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان .

٢ - على أن كل شرط يسقط لضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب .

وتقابل المادة ٥١٤/٤ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« لا يكون البائع مسئولاً عن العيب القديم في الحالات التالية :

٤ - إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع اخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب » .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ٣٤٢ و ٣٤٣ من المجلة والمادتين ٥١٧ و ٥١٨ من مرشد الحيوان . فقد نصت المادة ٥١٧ من مرشد الحيوان على انه « اذا ذكر البائع أن في المبيع عيبا فاشترائه للمشتري بالعيب الذي سماه له فلا خيار له في رده بالعيب المسمى وله رده بعيب آخر ولو قبله المشتري بجميع عيوبه فليس له رده بالعيب المسمى ولا بعيب آخر » .

أما في حالة تعمد البائع اخفاء العيب في المبيع غشا منه . فيبطل شرط اسقاط الضمان أو انقاصه . انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٩٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك . حيث جاء فيها أن شرط براءة البائع من العيوب لا يعفيه الا من الميوب التي لا يعلمها ، أما التي علمها واخفاها عن المشتري فلا يبرأ منها لأن هذا من باب الغش .

( مادة ٤٢١ )

لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الادارية اذا تمت بطريق النزاد العلني .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٤٩٧ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٦٩ من التقنين العراقي التي تنص على انه « لا تسمح دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الاخرى بطريق المزايعة العلنية » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥١٤ / ٥ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

« لا يكون البائع مسئولاً عن العيب القديم في الحالات التالية :

٥ - اذا جرى البيع بالنزاد من قبل السلطات القضائية أو الادارية » .

( انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي ( م ٦٠٠ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٩ ) .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما نصت عليه المادة ٩٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك . حيث تقول : « بيع العاضي أو الوارث لشيء من تركه الميت لعضاء ديونه أو تنفيذ وصيته بيع براءة وإن لم تسترط البراءة وقت البيع » . فليس للمشتري أن يرد المبيع بما يظهر له فيه من عيب قديم لم يعلم به القاضي أو الوارث والافله الرد به » .

( مادة ٤٢٢ )

إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وإن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الاخطار ، والا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٥ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٤٩٩ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع خلالها ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره .

٢ - فإذا لم يقر البائع باصلاح الخلل ، كان للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض أو أن يستبقى المبيع ويطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الخلل . وفي الحالتين يجب رفع الدعوى في مدة ستة شهور من تاريخ اخطار البائع بوجود الخلل . كل هذا ما لم يتفق على خلافه .

( انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي ( م ٦٠١ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٠ و ١٣١ ) .

وحكم المادة المقترحة يتناول صورة من صور خيار الوصف . وسند الشرعي ما نصت عليه المادة ٣١٠ من المجلة ، حيث تقول : « إذا باع ما يوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً أن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع اثنان المسمى » . وما نصت عليه المادة ٩٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك . حيث تقول « اذا شرط المشتري عند عقد البيع وجود وصف في المبيع له فيه غرض أو جرى العرف بوجود ذلك الوصف فيه أو اعتقد وجوده فيه بسبب تقرير فعل من البائع ثم تبين له بعد العقد عدم وجود هذا الوصف فله الحمار في رد البيع أو التمسك به » .

وانظر المذكور الاضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في  
المشروع المهيدي ( ٦٠٦م ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص  
١٣٥ - ١٣٧ .

( مادة ٤٢٤ )

يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي يسلم فيه المبيع . فاذا  
لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان  
الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن . وهذا كله ما لم  
يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٥٦ من التقنين الحالي التي  
سرس على ما يأتي :

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ،  
ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

٢ - فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء  
به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن ،

وقد رؤى ادماج هاتين الفقرتين ، والتنويه في نهاية المادة بجواز  
مخالفة كل احكامها باتفاق أو عرف ، رغبة في الايضاح .

والمادة المقترحة تتفق في احكامها مع المادة ٥٧٣ من التقنين العراقي  
التي تنص على انه « اذا كان مكان اداء الثمن معينا في العقد لزم اداؤه  
في المكان المشروط اداؤه فيه ، فاذا لم يعين المكان وجب اداؤه في المكان  
الذي يسلم فيه المبيع ، واذا لم يكن الثمن مستحقا عند تسليم المبيع وجب  
الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق ما لم يوجد عرف أو قانون  
يقضي بغير ذلك » .

وتتفق في احكامها مع المادة ٥٠١ من التقنين الكويتي التي تنص على  
ما يأتي :

١ - يكون الثمن مستحق الاداء في المكان الذي يتم فيه تسليم  
المسح . فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب اداؤه في  
موطن المشتري .

٢ - وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ،

التزامات المشتري :

( مادة ٤٢٣ )

يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يتم فيه البيع ، ما لم  
يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تنص في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٤٥٧ من  
التقنين الحالي التي تنص على ان « يكون الثمن مستحق الوفاء في  
الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير  
ذلك » . اذ انه وفقا لقواعد العامة يسلم المبيع في الوقت الذي يتم  
فيه العقد .

وتقابل المادة ٥٧٥ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله  
يجب فيه الثمن ممجلا .

٢ - ويجب على المشتري أن يتقدم الثمن أولا في بيع سلعة بتقد  
ان احضر لبائع السلعة . اما اذا بيعت سلعة بمنها او نفوذ بمثلها ،  
فيسلم المبيع والثمن معا ،

وتقابل المادة ٥٢٢ من التقنين الأردني التي تنص على ان « على  
المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولا وقبل تسليم المبيع أو المطالبة  
به ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتقابل المادة ١/٥٠٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ان « يكون  
الثمن مستحق الاداء فور تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي  
بغير ذلك » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة  
٢٥١ من المجلة على ان « البيع المطلق يتقدم ممجلا . اما اذا جرى العرف  
في محل على ان يكون البيع المطلق مؤجلا أو مقسطا باجل معلوم ينصرف  
البيع المطلق الى ذلك الاجل » . ونصت المادة ٤٢٤ من مرشد الحبران  
على ان « البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله  
يجب فيه الثمن ممجلا ويدفع في الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها  
ان يكون الدفع مؤجلا أو مقسطا باجل معلوم فان كان كذلك يلزم اتباع  
العرف والمادة الجارية » .

وانظر المادة ٢٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب  
أبي حنيفة .

هذا التأخير . - تطبيقاً لهذه القاعدة ، يجوز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير في الوفاء بالثمن ، إذا كان الثمن مستحق الأداء . وأعذر البائع المشتري ، أو إذا سلم المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة مطابقتاً للفقرة الثانية من المادة المقابلة في التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي .

والمادة المقترحة بمقابل المادة ٤٦٥ من التقنين الكويتي التي تنص على أن : يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه وعليه تكاليفه من وقت البيع ومع ذلك إذا لم يكن البائع قد استوفى الثمن بتمامه ، لا يكون للمشتري من الثمار إلا بقدر ما أداه من الثمن . وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلافه .

وتقابل المادة ٥٧٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - لاحقاً للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء ، إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره .

٢ - والزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والفنجان ، تكون حقا للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

وحكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة يتفق مع الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة ٤٨٠ من مرشد الحبران على أن : الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والفنجان تكون حقا للمشتري ، ويعتبر هذا النص تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن الملك ينتقل بالعقد ، ومن ثم تكون للمشتري ثمار المبيع وعليه تكاليفه .

#### ( مادة ٤٢٦ )

١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء في الحال ، فالبائع أن يجس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنه أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع .

٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يجس المبيع ولو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن إذا سلف حق المشتري في الأجل وفقاً لاحكام المادة ٢٦٦ .

وتقابل المادة ٥٢٦ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - يلزم المشتري تسليم الثمن الميعجل في مكان وجود المبيع وقت العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف يفاير ذلك .

٢ - إذا كان الثمن ديناً مؤجلاً على المشتري ، ولم يجر الاتفاق على الوفاء به في مكان معين ، لزم أدائه في موطن المشتري وقت حلول الأجل .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي لهذا التقنين ( م ٦٠٥ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج : ص ١٢٦ و ١٢٧ .

وانظر في الفقه الإسلامي المادتين ٢٥١ من المجلة و ٤٢٤ من مرشد الحبران .

#### ( مادة ٤٢٥ )

١ - إذا كان الثمن مستحق الأداء ، وأعذر البائع المشتري ، أو إذا سلم المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، جاز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير في الوفاء بالثمن ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره .

٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه ، من وقت تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - لاحقاً للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره .

٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره .

وقد عدلت الفقرة الأولى من هذه المادة على نحو يتفق مع الخطة التي سار عليها المشروع من تحريم الفوائد ، سواء كانت مقابل الائتماع بمبلغ من النقود أو التأخير في الوفاء به ( م ١/٢٢٥ من المشروع ) . حيث طوq المشروع القاعدة العامة الواردة في المادة ٢٢٦ منه والتي تنص على أنه : إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين في أدائه ، حاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب

الجزء الأخير منها واحالة الحكم الوارد فيه على المادة الخاصة بسقوط  
حق المدين في الاجل . وذلك على النحو الوارد في المادة المقترحة  
والمادة ٤٥٩ من التقنين الحالي .

والمادة ٥٨٠ تنص على انه : اذا مات المشتري مفلسا قبل قبض المبيع  
ودفع الثمن ، فللبائع حق حبسه الى ان يستوفي الثمن أو تبيعه بالحكمة  
وتؤدى للبائع حقه من ثمنه . فان زاد عن حق البائع يدفع الزائد  
لباقي الغرماء وان نقص ولم يوف حق البائع بنماه فيكون اسوة  
للغرماء فيما بقي له .

وتقابل المواد ٥٢٣ و ٥٢٤ و ٥٣٠ من التقنين الاردني .

فالمادة ٥٢٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - للبائع أن يحتبس المبيع حتى يسوفى ما هو مستحق له من  
الثمن ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة .

٢ - فاذا قبل البائع فاحيل الثمن سقط حقه في احتباس المبيع  
والنزم بتسليمه للمشتري .

والمادة ٥٢٤ تنص على ما يأتي :

١ - اذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن على مراءى من البائع  
ولم يمنعه كان ذلك اذا بالنسب .

٢ - واذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن بدون اذن البائع كان  
للبيع استرداده ، واذا هلك أو تعيب في يد المشتري اعتبر مسلما  
الا اذا شاء البائع استرداده معيبا .

والمادة ٥٣٠ تنص على ما يأتي :

١ - اذا تسلم المشتري المبيع ثم مات مفلسا قبل أداء الثمن فليس  
للبيع استرداد المبيع ويكون الثمن دينا على الشركة والبائع اسوة سائر  
الغرماء .

٢ - واذا مات المشتري مفلسا قبل تسلم المبيع وأداء الثمن كان  
للبيع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ويكون أحق من سائر الغرماء  
بإستيفاء الثمن منه .

٣ - واذا قبض البائع الثمن ومات مفلسا قبل تسليم المبيع كان  
المبيع امانة في يده والمشتري أحق به من سائر الغرماء .

وتنقح أحكام المادة المقترحة مع أحكام الفقه الاسلامي : انظر في  
هذا : المواد من ٢٧٨ الى ٢٩٧ من المجلد ، والمواد من ٤٥٤ الى ٤٥٩ من  
مرشد الحيران ، والمادة ٣٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على  
مذهب الامام ابي حنيفة ومذكرتها الايضاحية .

هذه المادة تطابق المادة ٤٥٩ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة  
« الاداء » بكلمة « الدفع » ، في الفقرة الاولى ، واستبدال كلمة « ونفا »  
بكلمة « طبعا » ، في الفقرة الثانية ، وتغيير رقم المادة الحال عليها في  
هذه الفقرة من ٢٧٣ الى ٢٦١ .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تطابق المادة ٥٠٣ من التقنين  
الكويتي .

والمادة المقترحة تقابل المواد ٥٧٧ و ٥٧٨ و ٥٧٩ و ٥٨٠ من التقنين  
العراقي .

فالمادة ٥٧٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - للبائع حق حبس المبيع الى ان يستوفي ما هو حال من الثمن  
ولو كان المبيع جملة اشياء بيعت صفقة واحدة ، فله حبسه الى ان  
يستوفي الثمن الحال ، سواء سمي لكل منها ثمن أو لم يسم .

٢ - حق اعطاء المشتري رهنا أو كفالة بالثمن لا يسقط حق  
الحبس .

والمادة ٥٧٨ تنص على ما يأتي :

١ - اذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد اسقط حق  
حبسه . وليس للبائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشتري  
وبحبسه الى أن يستوفي الثمن .

٢ - وقبض المشتري المبيع بدون اذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون  
معتبرا . وللبيع حق استرداده . فان هلك المبيع أو تعيب وهو في يد  
المشتري ، ينقلب القبض معتبرا . ويلزم المشتري بأداء ما في ذمته من  
الثمن .

والمادة ٥٧٩ تنص على ما يأتي :

١ - اذا كان الثمن مؤجلا في عهد البيع أو رضى البائع بتأجيله  
بعد البيع ، فلا حق له في حبس المبيع . بل يلزم بتسليمه الى المشتري  
ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل .

٢ - على أنه يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى ولو لم يحل الاجل  
المشروط لدفع الثمن ، اذا كان المشتري قد اضعف ما قدمه من تأمينات  
للوفا بالثمن ، أو كان في حالة اعسار يوشك معها أن يضيع الثمن على  
البائع ، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة .

وهذه الفقرة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٦٠٧ في المشروع  
التمهيدى للتقنين المصري الحالي ، ولكن لجنة المراجعة عدلتها بحذف

## ( مادة ٤٢٧ )

١ - إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً الى حق سابق على البيع أو آيل اليه من البائع ، أو اذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم ضماناً .

٢ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما اذا كشف المشتري عيباً في المبيع .

هذه المادة تقابل المادة ٤٥٧ فقرة ثالثة وثالثة من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

٢ - فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري . جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفلاً .

٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما اذا كشف المشتري عيباً في المبيع .

وفد استبدلت في الفقرة الثانية من هذه المادة عبارة « أو اذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع » بعبارة « أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري » وعبارة « أو يزول خطر الاستحقاق » بعبارة « أو يزول الخطر » ، وكلمة « ضماناً » بكلمة « كفلاً » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٧٦ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً الى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف لأسباب جدية على المبيع أن يستحق ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفلاً .

٢ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما اذا كشف المشتري عيباً في المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن .

وتقابل المادة ٥٠٠/٢ و ٣ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

٢ - فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع أو نتيجة فعله ، أو اذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينتهي التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفلاً .

٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة اذا ظهر عيب في المبيع .

وتقابل المادة ٥٢٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع مستندة الى حق سابق على البيع أو آيل اليه من البائع جاز للمشتري أن يحبس الثمن حتى يقدم البائع كفلاً مالياً يضمن للمشتري رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق وللبائع أن يطلب الى المحكمة تكليف المشتري ابداع الثمن لديها بدلا من تقديم كفيل .

٢ - ويسرى حكم الفقرة السابقة اذا تبين المشتري في المبيع عيباً قديماً مضموناً على البائع .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل لنص التقنين الحالي في المشروع التمهيدي ( ٦٠٦ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٦

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٩٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على منذهب الامام الشافعي على أن لكل من العاقلين حبس عوصه الحال ابتداء ان خاف فوته حتى يقبض مقابلة ، اما المؤجل وأن حل فليس لاحدهما حبس مقابله حتى يقبض .

ونصت المادة ٨٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على منذهب الامام أبي حنيفة على أنه : « اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى عيباً فيه لا يجبر على دفع الثمن أن انبت العيب أو نكل البائع عن الحل » .

## ( مادة ٤٢٨ )

اذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري . ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٦٠ من التقنين الحالي .

وطابق المادة ٥٠٤ من التقنين الكويتي .

وحكم المادة المقترحة تتفق مع الفقه المالكي الذي يرى أن ضمان المبيع ينتقل الى المشتري بمجرد ائقده وأو لم يقبضه من البائع .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٨٦/٢ من القانون العراقي .

وتقابل المادة ٥٠٦ من القانون الكويتي .

والمادة المقترحة يتفق حكمها مع الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٢٨٥ من المجلة على أن « مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينئذ » . ونصت المادة ٢٨٧ على أنه « اذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور » . ونصت المادة ٢٨٣ على أنه « في بيع النسيئة ليس للبائع حق حبس المبيع ، بل عليه أن يسلم المبيع للمشتري على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل » . حيث يؤخذ من هذا النص أن تسليم المبيع في البيع المطلق يكون عند تمام العقد .

( مادة ٤٣١ )

تكون على المشتري نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسليم المبيع ونحو ذلك من مصروفات ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تقابل المادتين ٤٦٢ و ٤٦٤ من القانون الحالي .

فالمادة ٤٦٢ من هذا القانون تنص على أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك » .

والمادة ٤٦٤ تنص على أن « نفقات تسليم المبيع على المشتري . ما لم يوجد عرف او اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وقد رؤى ادماج هاتين المادتين في مادة واحدة على النحو الوارد في المادة المقترحة ، وازادة نفقات الوفاء بالثمن ، ما دام أن جميع النفقات المذكورة يتحملها المشتري .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٠٧ من القانون الكويتي التي تنص على أن « يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسليم المبيع وغير ذلك من مصروفات ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك » .

وتتفق في حكمها مع المادتين ٥٨٣ و ٥٨٧ من القانون العراقي .

فالمادة ٥٨٣ من هذا القانون تنص على أن « نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والضرائب وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك » .

( مادة ٤٢٩ )

في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، اذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن وتسلم البائع ، يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعداد أن لم يؤد المشتري الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره .

هذه المادة تطابق المادة ٤٦١ من القانون الحالي ، مع استبدال عبارة « أداء الثمن » بعبارة « لدفع الثمن » ، واستبدال عبارة « ان لم يؤد المشتري الثمن » بعبارة « ان لم يدفع الثمن » .

وتقابل المادة ٥٠٩ من القانون الكويتي التي تنص على أنه « في بيع المنقولات اذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن كله أو أكثره لتسلم المبيع ، كان للبائع الحق في اعتبار البيع مفسوخا دون حاجة الى اعداد اذا لم يؤد المشتري المستحق من الثمن عند حلول الميعاد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك او كان الباقي من الثمن المستحق يسيرا » .

وتقابل المادة ٥٢٩ من القانون الأردني التي تنص على أنه « اذا حدد في البيع موعد لأداء الثمن واشترط فيه أنه اذا لم يؤد المشتري الثمن خلاله فلا بيع بينهما ، فإن لم يؤده والمبيع لم يزل في يد البائع اعتبر البيع منفسخا حكما » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٣١٣ من المجلة على أنه « اذا تبايعا على أن يؤد المشتري الثمن في وقت كذا وأن لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع ، وهذا يقال له خيار النكدة » . ونصت المادة ٣١٤ على أنه « اذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذي فيه خيار النكدة فاسدا » .

( مادة ٤٣٠ )

اذا لم يعين الاتفاق او العرف زمانا او مكانا لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في الوقت الذي يتم فيه العقد وفي المكان الذي يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٣ من القانون الحالي التي تنص على أنه « اذا لم يعين الاتفاق او العرف زمانا او مكانا لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن » .

وقد اضيف الى نص القانون الحالي عبارة « في الوقت الذي يتم فيه العقد » استكمالا للحكم .

والمادة ٥٨٧ تنص على أن « نفقات تسلم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥٣١ من التقنين الأردني التي تنص على أن « نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشتري ، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع » . ما لم يوجد اتفاق أو نص في قانون خاص يقضى بغير ذلك .

انظر المذكرة الإيضاحية للنصوص المقابلة للنصوص التقنين الحالية في المشروع التمهيدي ( م ٦١٤ و ٦١٦ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٥٨ و ١٦٢ و ١٦٣ .

وتتفق أحكام المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد : انظر في هذا : ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣ . والمواد ٢٨٨ و ٢٨٩ و ٢٩٢ من المجلة ، والمواد ٤٦٦ و ٤٦٧ و ٤٦٨ من مرشد الحيران والمادة ٣١ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية .

### الفرع الثاني

#### بعض أنواع البيوع

##### نظرة عامة :

عرض التقنين الحالي لبعض أنواع البيوع . وهي بيع الوفاء . وبيع ملك الغير ، وبيع الحقوق المتنازع فيها ، وبيع التركة ، والبيع في مرض الموت ، وبيع النائب لنفسه .

وقد اعتمد المشروع حكم التقنين الحالي في بيع الوفاء ، حيث اعتبره باطلا . فلم يعتبره رهنا حيازيا كما يقول الفقه الإسلامي ، والتقنين العراقي والتقنين الكويتي . وذلك نظرا الى أن هذا الرهن يضمن غالبا قرضا برأ فاحش . وهو ما تصعب إقامة الدليل عليه .

ونظم بيع ملك الغير باعتباره بيعا موقوفا على إجازة المالك . وهذا الحكم يفضل الى حد كبير حكم بيع ملك الغير في التقنين الحالي ، حيث يكون البيع موقوفا في حق كل من البائع والمشتري والمالك . فحكمه واحد بالنسبة الى هؤلاء جميعا ، ولا تأتي إجازته الا من جانب المالك .

وحرم بيع الحقوق المتنازع فيها ( م ٤٤١ من المشروع ) ، لأن شراء ما فيه خصومة غير جائز شرعا . وبذلك ألغى المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين الحالي . كما وسع من نطاق الحظر المنصوص عليه في المادة ٤٧١ من التقنين الحالي بالنسبة الى القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبه المحاكم والمحضرين ، فجعله شاملا لكل ضروب التعامل ( م ٤٤٣ من المشروع ) واستبقى الحظر المنصوص عليه في المادة ٤٧١ من التقنين الحالي بالنسبة الى المحامين في تعاملهم مع مكلفهم ( م ٤٤٤ من المشروع ) .

ونظم بيع التركة على نحو ينتهي فيه الغرر فاحش ، حيث أوجب تعيين مشتملات التركة تعيينا نافيا للجهالة والغرر ( م ٤٤٥ من المشروع ) ، وذلك على خلاف ما يقضى به التقنين الحالي الذي أجاز بيع التركة دون تفصيل لمشتملاتها ( م ٤٧٣ من التقنين الحالي ) .

واستبقى أحكام بيع المريض مرض الموت التي نص عليها التقنين الحالي . وهي مأخوذة من الفقه الإسلامي . ولكنه استكمل هذه الأحكام بالنسبة الى أئمتين ( م ٤٥٠ من المشروع ) ، فسد بذلك نصا في التقنين الحالي .

واستبقى أيضا أحكام بيع النائب لنفسه التي نص عليها التقنين الحالي ، مع اعتباره العقد موقوفا على إجازة من تم البيع لحسابه ( م ٤٥٤ من المشروع ) ، لأن هذا أدق من الناحية الفنية .

واستحدثت بيع السلم ( م ٤٣٢ - ٤٣٧ من المشروع ) . بهيئتها نوع من البيع يشغل موقعا هاما في الفقه الإسلامي . ويستجيب لحاجة العامل على نطاق واسع في الوقت الحاضر . سواء مع المصارف أو الشركات أو الأفراد . وقد استند المشروع تنظيمه من الفقه الإسلامي في مجموع مذاهبه ، وبذلك أمكنه أن يتحرر من بعض الشروط والقيود التي أحاطت بها المذهب الحنفي .

#### بيع السلم

##### ( مادة ٤٣٢ )

السلم بيع شيء ، غير موجود بثمن مقبوض في الحال ، على أن يوجد الشيء . ويسلم للمشتري في أجل معلوم .

هذه المادة مسحونة . كما هو الشأن في جميع النصوص الخاصة بالسلم .

والسلم في الفقه الإسلامي استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعلوم للحاجة اليه وجريان التعامل فيه .

غير أنه يلاحظ أن النهي عن بيع المعلوم في هذا الفقه انما هو للغرر لا للعموم . وأن المشروع في المادة ٢/١١٩ منه قد اشترط في التعامل في الشيء المستقبلي أن يعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر . فتكون علة بطلان بيع المعلوم قد زالت مادام أن هذا التعامل لا يجوز أن يكون احتماليا جزائيا . بحيث لا يدفع المشتري من الثمن الا بمقدار ما يأخذ من المبيع .

وفي ضوء هذا كان من الممكن عدم افراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشيء المستقبلي جائزا بوجه عام بشرط تعيينه على النحو المذكور . لا بيع السلم فحسب .

ومع ذلك رزى النص على السلم باعتباره نوعا من البيع يشغل موقعا هاما في الفقه الإسلامي . ويستجيب لحاجة التعامل على نطاق واسع في الوقت الحاضر ، سواء مع المصارف أو الشركات أو الأفراد . ويسمى المشتري « المسلم » أو « رب السلم » ، والبائع « المسلم اليه » والمبيع « السلم اليه » ، والثمن « رأس المال » .

وقد أحاط المذهب الحنفي السلم بشروط وقود جعلت منه استثناء مقيدا في حدود ضيقة . نخص بالذكر منها ما يشترطه هذا المذهب من وجوب أن يكون نوع المبيع موجودا من وقت العقد الى وقت حلول الأجل . فلا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين ، وما يراه من أن الأجل يسقط بموت النائب . أما المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفي فتري غير ذلك . فلا يشترط عند مالك والشافعي عدم انقطاع المسلم فيه

## ( مادة ٤٣٤ )

يشترط كذلك في المسلم فيه ان يكون ممكن الوجود عند حلول الاجل .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهي مأخوذة من الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة .

انظر المصوص المشار اليها تحت المادتين السابقتين .

وانظر ايضا المادة ٥٣٣ من التقنين الاردني التي تقدم ذكرها .

## ( مادة ٤٣٥ )

يجب ان يكون رأس المال معلوما للمتعاقدين ، وان يتم الوفاء به عند التعاقد .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهي مأخوذة من الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة . فقد نصت المادة ٦/٥٤١ من مرشد الحيران على اشتراط « بيان قدر رأس المال » .

ونصت المادة ١٤٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما يأتي : « الشرط السادس ان يقبض المسلم اليه رأس مال السلم في مجلس العقد » .

ونصت المادة ٢١٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على انه « يشترط في رأس المال أن يكون معلوما ومقبوضا قبل التفريق » .

والمادة المقترحة تنال المادة ٥٣٤ من التقنين الاردني التي تنص على انه « يشترط في رأس مال السلم أن يكون معلوما قدرا ونوعا وان يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام » .

## ( مادة ٤٣٦ )

اذا حل اجل الوفاء بالمسلم فيه ، وجب تسليمه في المكان المتفق عليه ، فاذا لم يكن هناك اتفاق وجب تسليمه في المكان الذي تم فيه العقد .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهي مأخوذة من الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة .

فقد نصت المادة ١١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه « اذا حل السلم فيه وجب على البائع ان يسلمه للمشتري في المكان الذي شرط التسليم فيه أو في محل عقد السلم اذا لم يشترطا مكانا معينا ولا يلزم البائع بتسليمه ولا المشتري بتسلمه منه في غيرهما الا ان يرضيا بذلك » .

وانظر كذلك م ٥٤٤ من مرشد الحيران وم ١٥٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعي .

من وقت العقد الى وقت حلول الاجل . بل يصح السلم اذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء . وقد اخذ المشروع في هذا برأي الامام مالك والشافعي . كما ان المشروع لا يقضى بسقوط الاجل بموت البائع .

والنص المفترح مأخوذ من الفقه الاسلامي في مجموع مذاهبه . فقد نصت المادة ١٤٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ان « السلم هو أن يسلم عينا حاضرة ( رأس مال السلم ) في عوض موصوف في الذمة ( السلم فيه ) الاجل » كما نصت المادة ١٠٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ان « السلم بيع شيء موصوف في الذمة مؤجل لاجل معلوم تختلف به الاسواق ويوجد فيه جنس المبيع غالبا » .

وهو يتفق في الحكم مع المادة ٥٣٢ من التقنين الاردني التي تنص على ان « السلم بيع مال مؤجل التسليم بشئ معجل » .

## ( مادة ٤٣٣ )

يشترط في المسلم فيه ان يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر ، وان يكون مما يمكن ضبط صفته بالوصف .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهي مأخوذة من الفقه الاسلامي في مختلف مذاهبه . فقد نصت المادة ١٤٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد على انه « يشترط أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط صفاته بالوصف » . انظر في بقية الشروط المواد من ١٤٥ الى ١٥٠ من هذا المشروع .

ونصت المادة ٢٠٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على انه « يشترط في المسلم فيه بيان جنسه ونوعه وصفته ومقداره واجله ومكان ايفائه ان كان له محل ومؤنة وكونه ممتنا » . ونصت المادة ٢٠٧ على انه « يصح السلم فيما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره » .

ونصت المادة ١٥٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعي على انه « يشترط في السلم تسليم رأس المال في المجلس » . انظر المواد من ١٥٥ الى ١٦١ من هذا المشروع .

والمادة المقترحة تتفق في الحكم مع المادة ٥٣٣ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« يشترط لصحة بيع السلم :

١ - أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم .

٢ - أن تتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان ايفائه .

٣ - اذا لم يعين في العقد مكان التسليم لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد » .



والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٣٣ / ٣ من التقنين الاردني التي تقدم ذكرها .

#### ( مادة ٤٣٧ )

إذا تعذر تسليم المسلم فيه لانقطاع جنسه عند حلول الأجل . جاز للمسلم فسخ العقد واسترداد رأس المال .

هذه المادة مستحدثة كما سبق القول .

وهي مأخوذة من الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة .

فقد نصت المادة ٢٠٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة على انه : اذا انقطع المسلم فيه بعد حلول الأجل فلبس السلم الخيار بين فسخ السلم أو انتظار وجوده .

ونصت المادة ١١٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه : اذا كان للمسلم فيه وقت معين . يظهر فيه وانقطع وجوده فيه عند حلول أجله قبل أن يقبضه المشتري لزمه الانتظار الى ظهوره ثانياً ان كان تاخير القبض بسبب منه فان لم يكن بسبب منه خير بين فسخ عقد السلم أو الانتظار الى ظهوره .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٣٦ من التقنين الاردني التي تنص على انه : اذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل بسبب انقطاع وجوده لعارض طاري . كان المشتري مخيراً بين انتظار وجوده أو فسخ البيع .

بيع الوفاء .

#### ( مادة ٤٣٨ )

إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع ، وقع البيع باطلا .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٦٥ من التقنين الحالي التي تنص على انه : اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا .

وقد حذف من نص التقنين الحالي عبارة : خلال مدة معينة . للايضاح . وذلك على اعتبار أن الحكم مطلق . يستوي فيه أن تحدد مدة لاسترداد المبيع أولاً لتحديد مدة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٣٣ من التقنين العراقي التي تنص على أن : بيع الوفاء يعتبر رهناً جازياً .

وتقابل المادة ٥٠٨ من التقنين الكويتي التي تنص على انه : اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع في مقابل رد الثمن وانصروفات . اعتبر العقد قرضاً برهن جازياً .

والحكم الذي ينص عليه التقنين العراقي والتقنين الكويتي ، من اعتبار بيع الوفاء رهناً جازياً . هو ما يقول به الفقه الاسلامي ( ٤١٠ ) من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة

ومذكرتها الايضاحية . وم ١١٨ ر ٣٩٧ - ٣٩٩ من المجلة وم ٤٩٩ ٥٥٢ من مرشد الحيران . ابن عابدين ص ٢٥٧ و ٨٥٨ و ٢٨١ .

ولكن روى الأخذ بالحكم الذي ينص عليه التقنين الحالي . وهو أن يكون بيع الوفاء باطلاً ، سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره رهناً . ذلك أن بيع الوفاء كثيراً ما يتخذه المتعاقدان سبباً لاحتفاء رهن جازي يضمن قرضاً برهن فاحش . وقد يلجأ المتعاقدان الى بيع الوفاء للتخلص من بطلان شرط امتلاك المرتهن للشيء المرهون اذا لم يب الرأص بالدين . وقد يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمس افدنه فيسميان رهن العيضة ببيع وفاء . ولذلك اضطر الشارع الحصري قبل صدور التقنين الحالي الى أن يصدر القانون رقم ٤٩ / ٥٠ سنة ١٩٢٣ الذي يقضي بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء اذا كان واقعاً على عماره وبنيان رهن . يكون باطلاً سواء باعتباره بيع وفاء أو باعتباره رهناً ولا يكمل لسد الطريق أمام صروب الاحتيال أن يجري على بيع الوفاء احكام الرهن الجازي اذا كان الرهن يضمن في الواقع قرضاً برهن فاحش . وهو ما يغلب وفوعة وتصعب اقامة الدليل عليه . وانما يكون الاجدى بطلان العقد ، سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره رهناً . وقد نصت المادة ٤٩ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على : حسب الامام احمد بن حنبل على انه : اذا علق أحد المتعاقدين الفسخ على رد البائع الثمن في وقت محدد . وكان ذلك حيلة للربح في القرض ، بطل العقد والشرط . ( انظر : كشاف القناع ص ٤٢ . المنتهى ص ٢٧ . الشرح الكبير ص ٥٩ ) . وجاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ عند النظر في هذه المسألة حين وضع النص ما يأتي : « تناولت اثابته بيع الوفاء . وقد رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل . انما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان . تبدأ منها الرهن . وينتهي الرهن الى جريد البائع من ملكه بشئ بخس . والواقع ان من يعمد الى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج اليه من مال ولو كان اقل بكثير من هذه القيمة . ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد . ولكنه قل أن يحسن التدبير . فاذا أحلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل . ضاع على المبيع دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته . وتحمل غيبنا ينبغي أن يدرك القانون عنه . ولذلك روي أن نحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء . وأن يستعاض عنها بصريح عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين الا الالتجاء الى الرهن الجازي وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون وأحباطها بما يكفل حقوق كل منهما ، دون أن يتسرع الحال لفسخ قلما يؤمن جانبه . »

( انظر مجموعة الأعمال النحضرية ج ٤ ص ١٧٨ و ١٧٩ )

#### ( مادة ٤٣٩ )

بيع ملك الغير

من باع ملك غيره بغير إذنه . كان معه وفاء على اجازة المالك .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

وانشاء المشرحة تنفق في حكمها مع المادة ١/١٣٥ من التقنين العراقي التي تنص على أن « من تصرف في ملك غيره بدون اذنه ، انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك » .

وتقابل المادة ٥٥٠ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا باع شخص ملك غيره بغير اذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع .

٢ - ولا يسرى البيع في حق مالك العين المباعة ولو اجازة المشتري . وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : « اذا باع شخص مالا بغير فان الملكية لا تنتقل الى المشتري الا اذا آلت الى البائع أو أقر المالك البيع » .

انظر في الفقه الاسلامي المواد ١١١ و ١١٢ و ٣٦٨ و ٣٧٧ من المجلة ، والمادتين ٣٥٥ و ٣٩٦ من مرشد الحيران ، والمادتين ١٤٩ و ١٥٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل ومذكرتها الايضاحية .

#### ( مادة ٤٤٠ )

١ - اذا اجاز المالك البيع اعتبرت الاجازة توكيلا ، فيصير البيع نافلا .

٢ - وكذلك يصير البيع نافلا اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحا في حق المشتري .

٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد .

وتختلف المادة المقترحة عن هذه المادة في الصياغة مراعاة للأخذ بفكرة العقد الموقوف .

والمادة المقترحة تنفق في حكمها مع المادة ١٣٥ / ٢ من التقنين الذي تنص على ما يأتي : « فاذا اجاز المالك تعبير الاجازة توكيلا وبطال الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر » .

وتقابل المادة ٥٥١ من التقنين الاردني التي تطابق المادة ٢٦٧ من التقنين المصري الحالي .

١ - اذا باع شخص شيئا مملوكا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع ، يكون الامر كذلك ولو وقع البيع على غفار ، سجل العقد أو لم يسجل .

٢ - وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق اشخاص لعين المبيعة ولو اجاز المشتري العقد .

والحكم الوارد في اساده المقترحة تطبيق لفقعة التي أخذ بها المشروع فيما يتعلق بالعقد الموقوف . فقد نصت المادة ١٢٧ من المشروع على أن « يكون انعقد موقوف انفاذ على الاجازة اذا كان تصرفا في ملك الغير بدون اذنه » . ونصت المادة ٣/١٢٤ من المشروع على أنه اذا كان انعقد موقوفا لكونه تصرفا في ملك الغير بدون اذنه : كانت اجازته للمالك .

حيث اعتمد المشروع فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الاسلامي بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الاردني .

وبختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال في أن هذا الأخير ينشأ صحيحا منتجا لآثاره الى أن يطلب ابطاله فيبطل أو تلحقه الاجازة فيظل صحيحا بصورة نهائية ، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره ، فيظل هذه الآثار موقوفة الى أن ينقضي العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ .

ومن ثم فان فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال في أن العقد الذي ينشأ به انعدام الولاية على المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الاجازة ، فهذا أولى من أن ينفذ حتى يطلب ابطاله ، وذلك للآثار التعقيدات التي تنشأ بعد نفاذه .

وبناء على ذلك جعل المشروع ، بيع ملك الغير بدون اذنه موقوفا على اجازة المالك . وهذا الحكم يفضل السلي حد كبير حكم بيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الاردني . فبيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات التي أخذت بالتصوير اللاتيني حكمه مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة . فهو نافذ في حق البائع ، وقابل للإبطال بالنسبة الى المشتري بمقتضى نص خاص ، وغير نافذ في حق المالك ، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الاقرار نافدا في حقه وصحيحا في حق المشتري .

بينما في ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم البيع واحدا بالنسبة الى كل من البائع والمشتري والمالك ، فهو موقوف في حقهم جميعا ولا تأتي اجازته الا من جانب المالك ، فاذا صدرت هذه الاجازة أصبح العقد نافلا في حق الجميع ( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٣٠٥-٣٠٧ . انظر المذكرة الايضاحية للمادتين ١٢٧ ، ١٢٨ من المشروع ) .

العراقي التي تنص على ما يأتي : « فاذا اجاز المالك تعبير الاجازة توكيلا

وتقابل المادة ٥٠٩ من التقنين الكويتي التي تقدم ذكرها تحت المادة السابقة .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ٢٧٨، ٢٧٧ من المجلد. والمادة ٢٩٧ من مرشد الحبران ، والمادة ١٥٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة ومذكرتها الايضاحية .

وقد جاء في الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٢ : «وقف ملك غيره، أي بيع ملك غير البائع ، على رضاه ، أي رضى مالكة. اذا لم يعلم المشتري بأن البائع فضولي . بل وإن علم المشتري بذلك . وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ، وللغاصب اذا باع المقتسوب قبل ملكه من وبه (فليس له) نقض ما باعه أن اشتراه من المقتسوب منه بعد أن باعه أو ملكه بهبه أو صدقة .»

وعلى هذا يخرج حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

#### ( مادة ٤٤١ )

اذا لم يجوز المالك البيع بطل العقد . وفي هذه الحالة يجوز للمشتري . اذا كان يجهل أن البيع غير مملوك للبائع ، أن يطلب بتعويض اذا كان البائع سيئ النية .

هذه المادة تقابل المادة ٤٦٨ من التقنين الحالي التي تنص على انه «اذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطلب بتعويض ولو كان البائع حسن النية .»

وقد ادخل على هذه المادة التمديلان الآتيان :

١ - تقرير أن البيع يبطل اذا لم يحزه المالك . فأبطال البيع يأتي نتيجة لعدم اجازته من جانب المالك . وليس بناء على طلب المشتري ويستطيع المشتري ، بمقتضى القاعدة المقررة بالنسبة الى العقد الموقوف في المادة ١٢٩ من المشروع ، أن يطلب من المالك اعلان موقفه باجازه البيع أو رفضها خلال مهلة يعطيها له لاتقل عن ثلاثة أشهر . فاذا أجاز البيع خلال هذه المهلة نفذ العقد ، واذا رفض الاجازة بطل العقد. واذا لم يعلن موقفه بالاجازة أو الرفض اعتبر سكوته اجازة .

وللمشتري ، وفقاً للفوائد العامة ، أن يطلب ابطال البيع بسبب الغلط ، أو يطلب نسخه بسبب عدم قيام البائع بالتزامه ، أو يرجع على البائع بضمان الاسحفاق اذا تعرض له المالك الحقيقي .

٢ - اعطاء المشتري حق المطالبة بتعويض اذا كان حسن النية بأن كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع . وكان البائع في الوقت ذاته سيئ النية بأن كان يعلم أن المبيع غير مملوك له وذلك على خلاف ما يقضي به نص التقنين الحالي الذي لا يشترط لطلب التعويض سوى حسن نية المشتري. فاذا توفر هذا الشرط التزم البائع بالتعويض ولو كان حسن النية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ١٣٥ / ٣ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « واذا لم يجوز المالك تصرف الفضولي ، بطل التصرف، واذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البديل فله الرجوع عليه به . فان هلك البديل في يد الفضولي بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر قد اداه عالماً أنه فضولي ، فلا رجوع له بشئ منه .»

انظر في الفقه الاسلامي المادة ٢٩٨ من مرشد الحبران .

فقد فرقت بين ما اذا كان اشترى بجهل أن المبيع غير مملوك للبائع . وما اذا كان يعلم ذلك . فاجازت له في الحالة الاولى أن يرجع على البائع بالثمن ان كان قائماً وبصله ان كان مالكا . وأما في الحالة الثانية فلا رجوع له اذا هلك الثمن . وتخريجا على هذا واعمالاً للقاعدة العامة في الضمان تقرر للمشتري الحق في المطالبة بتعويض ما اصابه من ضرر اذا كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع . وكان البائع سيئ النية .

بيع الحقوق المتنازع فيها

#### ( مادة ٤٤٢ )

١ - يقع باطلا بيع الحقوق المتنازع فيها .

٢ - ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي .

هذه المادة تقابل المادتين ٤٦٦ و ٤٧٠ من التقنين الحالي . فالمادة ٤٦٦ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات ونوائد الثمن من وقت الدفع .

٢ - ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي .

والمادة ٤٧٠ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

« لا تسرى احكام المادة السابقة على ما يأتي :

(أ) اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة اموال يبيع جراحا بثمن واحد .

(ب) اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه من الآخر .

(ج) اذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدبر المستحق في ذمته .

(د) اذا كان الحق المتنازع فيه يتقل عقاوا وبيع الحق لحائز اعمق . وقد روي الفاء هاتين المادتين ، والنص في المادة المقترحة على بطلان بيع الحقوق المتنازع فيها ، لأن شراء ما فيه خصومه غير جائز شرعا . فقد جاء في شرح التساودي للتحفة : « وإنما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه ، مع حضور المدين واقراره وأن كان عليه بينة ، لانه قد يظعن فيها أو يدعى القضاء فيكون من شراء ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور ... »

وتطابق المادة ٥٩٦ من التقنين العراقي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي ( م ٦٢٨ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٠٣ - ٢٠٥ .

وانظر المذكرة الايضاحية للمادة السابقة .

بيع التركة .

( مادة ٤٤٥ )

يجب في بيع التركة ان تعين مشتملاتها تعيينا نافيا للجهالة والغرر ، بحيث يتضمن هذا التعيين بياناً وافياً لما فيها من عقارات ومنقولات وماله من حقوق وما عليها من ديون .

هذه المادة تقابل المادة ٤٧٣ من التقنين الحالي التي تنص على أن من باع تركة ، دون أن تفصل مشتملاتها ، لا يضمن الاثبات ورأته ، ما لم يتفق على غير ذلك .

وقد روي ان يكون الحكم في المادة المقترحة على خلاف ما يقضى به نص التقنين الحالي . اذ ان بيع التركة دون تفصيل لمشتملاتها ، ينطوي على غرر فاحش يخرجها عن الاصول الشرعية المقررة .

فمناصر التركة يجب ان تكون معلومة للمشتري على النحو المذكور في المادة المقترحة حتى لا يفاجأ أي من الطرفين بما لم يكن في حسبانته .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٤١ من التقنين الأردني التي تنفق في حكمها مع نص التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٥١٦ من التقنين الكويتي التي تنفق في حكمها مع نص التقنين الحالي .

( مادة ٤٤٦ )

اذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع في حق الغير الا اذا استوفى المشتري الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فاذا تم القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب كذلك ان تستوفي هذه الاجراءات .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٤ من التقنين الحالي .

وتقابل المادة ٥٤٢ من التقنين الأردني التي تنص على أن على المشتري اتباع الاجراءات التي يوجبها القانون حتى كل حق اشتملت عليه الحصة الأثرية محل التنازع .

( انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٦٤٠ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ( ج ٤ ص ٢٠٩ - ٢١٠ ) .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أنها تتضمن تنظيمًا لنقل الحقوق والاحتجاج بها على الغير تقضي مصلحة حفظ الحقوق ورفع النزاع .

( التاودي على التحفه ج ٢ ص ٤٧ ) .

ذلك ان المشتري الذي يقدم على شراء حق متنازع فيه انما يخاطر بما يبيده فيه من الثمن ، حيث لا يضمن البائع له وجود هذا الحق ، وانما هو يبيع مجرد ادعاء : الامر الذي يجعل الصفقة منطوية على غرر جسيم . هذا الى ان الاسترداد في هذه الحالة بمثابة نزاع للملك بدون سند شرعي .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ٥٩٣ و ٥٩٤ من التقنين العراقي اللتين تنفيان مع المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين المصري الحالي . وتقابل المادتين ٥١٠ و ٥١٢ من التقنين الكويتي اللتين تنفيان مع المادتين ٤٦٩ و ٤٧٠ من التقنين المصري الحالي .

( مادة ٤٤٣ )

لا يجوز للقضاء ولا لاعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين ان يتعاملوا ، لا باسمائهم ولا باسماء مستعارة ، في الحقوق المتنازع فيها ، اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون اعمالهم في دائرتها ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تقابل المادة ٤٧١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « لا يجوز للقضاء ولا لاعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين ان يشتروا ، لا باسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله او بعضه ، اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون اعمالهم في دائرتها . والا كان العقد باطلا . »

وقد عدل هذا النص على نحو يجعله اوسع نطاقا مما هو وارد فيه . فبمقتضى المادة المقترحة لا يقتصر التحريم على شراء الحق المتنازع فيه ، بل يشمل كل ضروب التعامل في هذا الحق . فلا يجوز لأي من المذكورين في هذه المادة ان يشتري الحق ، ولا ان يقايض عليه ، ولا ان يوهب له : ولا ان يشارك فيه ولا ان يقترضه . والخطر هنا يقوم على اعتبارات تتعلق بالنظام العام ، لانه يعتبر شرعا من قبيل سد الدوائع ، حتى لا يكون التعامل ذريعة لمفسدة الرشوة . هذا الى ما هنالك من شبهة استغلال النفوذ .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٩٦ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٤٧١ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٥١٣ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٦٢٧ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٠٣ - ٢٠٥ .

( مادة ٤٤٤ )

لا يجوز للمحامين ان يتعاملوا مع وكيلهم في الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء اكان التعامل باسمائهم ام باسماء مستعارة ، والا كان العقد باطلا .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٢ من التقنين الحالي .

## ( مادة ٤٤٧ )

إذا استوفى البائع بعض ما للتركة من الحقوق . أو باع شيئاً مما اشتملت عليه أو تبرع به أو استهلكه . وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه بقيمة ما تبرع به أو استهلكه . ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٥ من القانون الحالي التي تنص على أنه « إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد ، »

وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استبدلت عبارة « إذا استوفى البائع ، » بعبارة « إذا كان البائع قد استوفى ، »

٢ - استبدلت كلمة « الحقوق ، » بكلمة « الديون ، »

٣ - أضيف إلى النص حائتان أخريان يشملهما الحكم ، وهما حالة التبرع بشئ اشتملت عليه التركة وحالة استهلاك هذا الشئ . وقد اقتضت هذه الإضافة أن يسار إلى التزام المشتري برد قيمة ما تبرع به أو استهلكه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥١٧ من القانون الكويتي التي تنص على أنه « إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الحقوق أو باع شيئاً مما اشتملت عليه أو استهلكه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه بقيمة ما استهلكه ، ما لم يكن قد اشترط عند البيع عدم الرد ، »

( انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في مشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٦٤١ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢١٣ ) .

والسند الشرعي للنص المقترح أن البائع حين يستوفى حقا للتركة أو يبيع شيئاً مما اشتملت عليه ، أو يتبرع به أو يستهلكه إنما يتصرف فيما لاحق له فيه ، فيجب عليه رده إلى المشتري ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

## ( مادة ٤٤٨ )

يُرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٦ من القانون الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥١٨ من القانون الكويتي التي تنص على أن « يرد المشتري للبائع ما يكون قد وفاه من ديون التركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره . ولا يخل ببيع الوفاة لحصته بما عساه أن يكون له من حقوق على التركة ، »

( انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في مشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٦٤٢ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢١٣ ) . والسند الشرعي للمادة المقترحة هو أن ما يوفيه المائمه من ديون

التركة يعتبر أداء لدين على غيره يحق له أن يستوفيه من المشتري . وما يقوم البائع دائناً به لتركة يحق له كذلك أن يستوفيه من المشتري . وسواءً كان ما لم يكن هناك اتفاق على غيره .

البيع في مرض الموت :

## ( مادة ٤٤٩ )

١ - إذا باع المريض مرض الموت لواثر أو لغير واث بضمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فإن البيع ينفذ في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة ، داخلاً فيها المبيع ذاته .

٢ - أما إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة ، فإن البيع فيما يتجاوز الثلث لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أجازوه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين .

٣ - ويسرى على بيع المريض مرض الموت في هذا الصدد أحكام المادة ٩٩٥ .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٧ من القانون الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٥١٩ من القانون الكويتي التي تنص على أن « يسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩٥٤ ، »

وتقابل المادة ١/١١٠٩ من القانون العراقي التي تنص على أن « كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت ، مقصود به التبرع أو المحاباة ، يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت . وتسرى عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى له . »

وتقابل المادتين ١/٥٤٤ و ٥٤٥ من القانون الأردني :

فالمادة ١/٥٤٤ من هذا القانون تنص على أن « بيع المريض شيئاً من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه بأثر الورثة بعد موت المورث ، »

والمادة ٥٤٥ تنص على ما يأتي :

١ - « بيع المريض من أجنبي بضمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته . »

٢ - أما إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يفره الورثة . وكل المشتري للمثل قيمة المبيع ولا كان لمورثه فسخ البيع ، »

وأحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة المقترحة مأخوذة من الفقه الإسلامي : انظر هذه الأحكام على مذهب الإمام أبي حنيفة في المواد ٣٩٣ - ٣٩٥ من المجلة ، والمواد ٣٥٨ - ٣٦١ من مرشد الحيوان .

## ( مادة ٤٥٠ )

إذا باع المريض مرض الموت بضمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، وكانت التركة مستغرقة بالدين ، فلا ينفذ البيع في حق الدائنين إلا إذا أجازوه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثمن إلى ما يساوي قيمة المبيع .

وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٥٤٧ من التقنين الأردني .

والفقرة الثانية من المادة اشترحة بمذيل الفقرة الثانية من المادة ٥٤٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « وفي هذه الحالة يجوز للدائني التركية المستغفرة بالديون الرجوع على المشتري من المريض بالفرق بين الثمن وقيمة المبيع وللورثة هذا الحق اذا كان المشتري احدهم » وان كان اجنبيا وحسب عليه رد « ما يكمل ثلثي قيمة المبيع للتركة » .

بيع النائب لنفسه

( مادة ٤٥٢ )

لا يجوز لمن يتوب عن غيره بمقتضى اتفاق او نص او امر من السلطة المختصة ان يشتري لنفسه ، مباشرة او باسم مستعار ، ولو بطريق المزايدة العلني ، ما يخط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الاخلال بما يكون متصوفا عليه في قوانين اخرى .

هذه المادة تطابق المادة ٤٧٩ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٥٤٨ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥٩٢ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٦٢ من التقنين الكويتي التي تقدم ذكرها .

وحكم المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامي : انظر في مذهب الامام ابي حنيفة المادة ١٤٩٦ من المجلة .

ويعتبر هذا الحكم تطبيقا للقاعدة العامة الواردة في المادة ٩٢ من المشروع التي لاتجيز للشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من يتوب عنه ، سواء اكان التعاقد لحسابه ام لحساب شخص آخر .

( مادة ٤٥٣ )

لا يجوز للسماسة ولا للخبراء ان ينسروا الاموال المهددة بهم في بيعها او في تقدير قيمتها ، ولو بطريق المزايدة العلني ، سواء اكان الشراء باسمائهم ام باسماء مستعمارة .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٠ من التقنين الحالي مع صيغة عبارة « ولو بطريق المزايدة العلني » .

وتطابق المادة ٥٥٢ من التقنين الكويتي مما عدا الاضافة المذكورة .

هذه المادة مستحدثة .

فاذا باع المريض مرضا الموت بثمن يقل عن ثمن المثل ، وكانت التركة مستغفرة بالدين ، فلا ينفذ البيع في حق الدائنين ، ولو اجاره الورثة . اذا ان حق الدائنين مقدم على حق الورثة ، فلا تركه الا بعد سداد الدين . فاذا اجاز الدائنون البيع او رد المشتري الى التركة الفرق بين الثمن الذي تم به البيع وثمن المثل ، نفذ البيع في حق الدائنين .

وهذا الحكم مجمع عليه في مذاهب الفقه الاسلامي : انظر هذا الحكم في مذهب الامام ابي حنيفة في المادة ٢٩٥ من المجلة .

وامادة المقترحة تقابل المادة ٥٤٦ من التقنين الأردني التي تنص على انه « لا ينعقد بيع المرض لأجنبى بأقل من قيمة مثله ولو بغيب يسير في حق الدائنين اذا كانت التركة مستغفرة بالديون والمشتري دفع ثمن المثل والا جاز للدائنين فسخ البيع » .

( مادة ٤٥١ )

١ - لا تسري احكام المادتين السابقتين اضراما بالغير حسن النية اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة .

٢ - وفي هذه الحالة يلتزم المشتري من المريض بان يرد للتركة ما يفي بتكملة ثلثي قيمتها بالنسبة الى الورثة ، او ما يفي بتكملة الثمن الى ما يساوي قيمة المبيع بالنسبة الى الدائنين ، بنسب الاسوال .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة ٤٧٨ من التقنين الحالي .

اما الفقرة الثانية فمستحدثة . وقد اضيفت لبيان ما يكون على المشتري ان يرده الى التركة في حالة ما اذا كسب الغير حسن النية حقا عينيا على العين المبيعة بعوض ، حيث يجب الا يضار هذا الغير . فاذا لم تكن التركة مستغفرة بالدين ، كان على المشتري ان يرد الى التركة ما يفي بتكملة ثلثي قيمتها للمحافظة على حقوق الورثة اعمالا لحكم الوصية . واذا كانت التركة مستغفرة بالدين ، فلا يتعلق الامر حينئذ بحقوق الورثة ، حيث لاتكون هناك تركة ، وانما يكون المقصود هو المحافظة على حقوق الدائنين الذين تنقدم حقوقهم على حقوق الورثة . فيكون على المشتري ان يرد الى التركة الفرق بين الثمن الذي تم به البيع وثمن المثل .

والفقرة الأولى من المادة المقترحة تطابق الفقرة التالية من المادة ٥١٩ من التقنين الكويتي التي تطابق المادة ٤٧٨ من التقنين المصري الحالي .

وتطابق المادة ٥٤٩ من التقنين الأردني فيما عدا الاضافة المذكورة .  
وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٥٩٢ من التقنين العراقي .

ويعتبر الحكم الوارد في المادة المقترحة تكملة طبيعية لحكم المادة السابقة . فان كان لدى السمسار أو الخبير توكيل كان حكمه حكم الوكيل ، فلا يجوز له شراء ما وكل في بيعه . وان لم يكن لديه توكيل كان عقده تصرفا في ملك الغير بدون اذنه . وفي الحالين يكون العقد موقوفا على اجازة المالك .

#### ( مادة ٤٥٤ )

يكون العقد في الاحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين موقوفا على اجازة من تم البيع لحسابه .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨١ من التقنين الحالي التي تنص على انه « يصبح العقد في الاحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين اذا اجازته من تم البيع لحسابه » .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٥١٨ من التقنين الكويتي التي تتناول حظر الشراء على السمسرة والخبير ، فتتص على انه « يصبح العقد في هذه الاحوال اذا اقره من تم البيع لحسابه » .

وقد رؤى الأخذ في هذا الصدد بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الاسلامي . فهذا أدق من الناحية الفنية . فعقد الشراء الذي يبرمه النائب أو السمسار أو الخبير لنفسه في الاحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين يتعقد موقوفا على اجازة من تم البيع لحسابه ، فان اجازة نفذ وان لم يجزه بطل .

### الفصل الثاني

#### المقايضة

#### ( مادة ٤٥٥ )

المقايضة عقد تنتقل بمقتضاه من كل من المتعاقدين الى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨٢ من التقنين الحالي التي تنص على ان « المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين ان ينقل الى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

انه يعرف المقايضة بالاثر الذي يترتب عليها ، وهو التزام كل من وكما سبق القول في تعريف البيع . فانه يؤخذ على التقنين الحالي

الطرفين بنقل الملكية . مع ان التعريف يجب ان يتناول العناصر المكونة للعقد ، وهي تتركز في اتجاه ارادة الطرفين الى تحقيق عملية قانونية معينة . هي محل العقد . والعملية القانونية المقصودة من المقايضة هي انتقال ملكية مال ليس من النقود من كل من المتعاقدين الى الآخر على سبيل التبادل . حيث يرتب عقد المقايضة التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمى في مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد .

ولهذا جاء في التعريف المقترح ان مقتضى عقد المقايضة هو انتقال ملكية مال ليس من النقود من كل من المتعاقدين الى الآخر على سبيل التبادل .

وكما تقدم في خصوص تعريف البيع ، فان المشروع ياخذ في تعريفه المقترح بالتصوير الذي يقول به الفقه الاسلامي ، وهو ان الملك ينتقل بالعقد .

( انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٣٨٢ من المشروع ) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٥٢ من التقنين الأردني التي تنص على ان « المقايضة مبادلة مال أو حق مالي بموضوع من غير النقود ،

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٢٠ من التقنين الكويتي التي تنص على ان « المقايضة مبادلة مال بمال لا يكون أحدهما نقدا » .

والتعريف المقترح يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامي . ففي مذهب الامام أبي حنيفة تنص المادة ١٢٢ من المجلة على ان « بيع المقايضة بيع العين بالعين أي مبادله مال بمال غير النقود » .

#### ( مادة ٤٥٦ )

اذا كان للأشياء المتقايف فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق في القيمة بمعدل من النقود .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٣ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظي على النحو المذكور في المتن ، حيث تنص على انه « اذا كان للأشياء المتقايف فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا » .

وتطابق المادة ٥٩٩ من التقنين العراقي فيما عدا التعديل اللفظي المشار اليه ، وهي تطابق المادة ٤٨٣ من التقنين المصري الحالي .

## ( مادة ٤٥٨ )

مصروفات عقد المايضة وغيرها من النفقات الأخرى يحملها  
المقايضان متناصفة . ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٠٠ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الأردني .

وتطابق المادة ٥٢٣ من التقنين الكويتي .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن كلا من المتعاقدين في حكم  
المشتري للعين التي أخذها . فتكون النفقات متناصفة بينهما .

## الفصل الثالث

## الهيئة

## ( ١ ) أركان الهيئة .

## ( مادة ٤٥٩ )

١ - الهيئة عقد تنقل بمقتضاه ملكية شيء أو حق مالي آخر دون  
عوض .

٢ - ويجوز للواهب . دون أن يتجرد عن نية التبرع . أن يشترط  
على الموهوب له القيام بالتزام معين .

هذه المادة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - الهيئة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض .

٢ - ويجوز للواهب . دون أن يتجرد عن نية التبرع . أن يعرض  
على الموهوب له القيام بالتزام معين .

وقد روعي في تعريف الهيئة في الفقرة الأولى من المادة المقترحة إبراز  
محل العقد . وهي العملية القانونية المقصودة من الهيئة . وذلك على نسق  
ما تقدم في خصوص عقد البيع . وما يراعى المشروع كذلك بالنسبة إلى  
العقد الأخرى . فالعملية القانونية المقصودة من الهيئة هي انتقال  
ملكية شيء أو حق مالي آخر من الواهب إلى الموهوب له دون عوض . وهي  
العنصر الجوهرى الذى يجب أن يظهر في تعريف الهيئة ( أنظر النظرة  
العامة التي تقدم ذكرها عن العقد المسماة ) .

ولا يختلف التعريف الوارد في المادة المقترحة في معناه عن التعريف  
الوارد في نص التقنين الحالي . لأن التصرف في المال دون عوض يعنى  
انتقال .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٢١ من التقنين الكويتي التي تنص على  
أنه . إذا تفاوتت قيمة البدلين في تقدير المتبايضين . جاز تعويض فرق  
القيمة بمعدل من النقود .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٥٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه  
. لا يخرج المتبايضة عن طبيعتها إضافة بعض النقود إلى إحدى السلعتين  
للتبادل .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما اتفق عليه الفقهاء من حواز بيع  
عين بعين ونقد .

## ( مادة ٤٥٧ )

تسرى على المتبايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة  
المتبايضة . ويعتبر كل من المتبايضين بائعاً للشيء الذى قابض به .  
ومشترياً للشيء الذى قابض عليه .

هذه المادة تطابق المادة ٤٨٥ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٥٢٢ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٧ من التقنين العراقي التي تنص على  
ما يأتي :

١ - لكل من البدلين في المتبايضة حكم البيع . فتعتبر فيها  
شروطه . وأن وقعت منازعة في أمر التسليم لزم أن يسلم ويسلم كل  
من المتبايضين معا .

٢ - ويعتبر كل من المتبايضين بائعاً للشيء الذى قابض به . ومشترياً  
للشيء الذى قابض عليه .

وتتفق في حكمها مع المادتين ٥٥٣ و ٥٥٦ من التقنين الأردني :

المادة ٥٥٣ من هذا التقنين تنص على أن . يعتبر كل من المتبايضين في  
بيع المتبايضة بائعاً ومشترياً في وقت واحد .

والمادة ٥٥٦ تنص على أن . تسرى أحكام البيع المطلق على المتبايضة  
فيما لا يتعارض مع طبيعتها .

وحكم المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامي : أنظر في المذهب  
الحنفى المادة ٣٧٩ من المحلة .



## ( مادة ٤٦٠ )

١ - يلزم في الهبة قبول الموهوب له أو نائبه .

١ - فإذا كان الموهوب له جنيناً ، فإن قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب ممن له الولاية على ماله .

٢ - وإذا كان الواهب عو ولي الموهوب له أو وصيه ، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب .

هذه المادة تقابل المادة ٨٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :  
١ - لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه .

٢ - فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ناب عنه في قبول الهبة وقبض الموهوب .

فالفرقة الأولى من المادة المقترحة تقابل الفرقة الأولى في نص التقنين الحالي .

والفرقة الثالثة من المادة المقترحة تقابل الفرقة الثانية من نص التقنين الحالي .

أما الفرقة الثانية من المادة المقترحة فمستحدثة . وقد قصد بإيرادها - سم اختلاف المآثم فيما يتعلق بجواز الهبة للجنين . فالرأي الذي يقول بعدم جوازها يستند إلى أن الجنين لا يقدّر على القبول وليس له ولي يقبل عنه . وقد أصبحت هذه الحجة مردودة بعد أن نص قانون الولاية على المال على جواز إقامة وصي على الحمل المستكن ، سواء كان وصياً مختاراً أو معيناً من قبل المحكمة ( ١/٢٨م و ٢ و ١/٢٩ ) . وهذا يتسق مع الحكم الذي يقرره قانون الوصية من أنه إذا كان الوصي له جنيناً أو فاصراً أو محجوراً عليه ، يكون قبول الوصية ممن له الولاية على ماله بعد إذن ..... ( ١/٢٠م ) .

وسيجيء أن الفقه الإسلامي في مذهب الإمام مالك يجيز الهبة للجنين .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٥٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - تمنع الهبة بالإيجاب والقبول وتمن بالقبض .

٢ - يكفي في الهبة مجرد الإيجاب إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه والشيء الموهوب في حوزته ، وكذا لو كان الموهوب له صغيراً يقوم الواهب على تربيته .

وتقابل المادتين ٦٠٤ و ١/٦٠٥ من التقنين العراقي .

فالمادة ٦٠٤ من هذا التقنين تنص على أن « يملك الصغير المال الذي وهبه أباه أو من هو في حجره بمجرد إيجاب الواهب مادام أثبت في يد أو كان ودبه أو عاربه عند غيره ولا يحتاج إلى انقباض » .

والمادة ١/٦٠٥ تنص على أنه « إذا وهب شيء لصبي غير مميز فإن مقبضه ولله أو من هو في حجره » .

ملكية شيء أو حق مالي آخر دون عوض . ولكن المشروع أن التسليم المقترحة جرباً على خطئه في إبراز محل العقد .

أما الفرقة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفرقة الثانية من المادة ٤٨٦ من التقنين الحالي . مع استبدال كلمة « بشرط » بكلمة « يفرض » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المواد ٦٠١ / أو ٦١١ و ٦١٣ من التقنين العراقي .

فالمادة ١/٦٠١ من هذا التقنين تنص على أن « الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض » .

والمادة ٦١١ تنص على أن « تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط ..... » .

والمادة ٦١٢ تنص على أن « تنتقل بالهبة ملكية الموهوب إلى الموهوب له » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٥٧ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - الهبة تملك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض .

٢ - ويجوز للواهب ، مع بقاء فكرة التبرع ، أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ، ويعتبر هذا الالتزام عوضاً .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٢٤ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « الهبة عند على تملك مال في الحال بغير عوض » .

والفرقة الأولى من المادة المقترحة حكمها مأخوذ من الفقه الإسلامي على مذهب الإمام أبي حنيفة ، ومذهب الإمام مالك : م ٨٣٣ من المجلة . وم ٧٧ من مرشد الحبران ، وم ٣٥١ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، وم ٥٢٧ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك .

( انظر في المذهب الحنفي : ابن عابدين ج ٤ ص ٥٣٠ و ٥٣١ ، ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٥٢ .

وانظر في المذهب المالكي : الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٣٤٢ و ٣٤٣ ، والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ٨٧ و ٩٠ ) .

والفرقة الثانية من المادة المقترحة حكمها مأخوذ من الفقه الإسلامي على مذهب الإمام أبي حنيفة ، ومذهب الإمام مالك : م ٨٥٥ من المجلة . وم ٧٧ من مرشد الحبران ، وم ٣٦٨ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، وم ٥٤٦ و ٥٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك .

( انظر في المذهب الحنفي : ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٢ .

وانظر في المذهب المالكي : الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٣٠٥ و ٣٥٠ ، والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ١٠٢ و ١٠٣ ) .

( انظر كذلك المذكرة الإيضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( ٦٥٩م ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٤٤ ) .

٢ - ويعتبر العقد قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب إذا كان وليا أو وصيا أو قايما أو قائما على تربية الموهوب له .

وفي الفقه الإسلامي عند الحنفية لا ينتقل ملك الموهوب إلا بالقبض ، أما قبل القبض فيصح الهبة ولكنها تكون هبة غير لازمة ( البدائع ج ٢ ص ١٢٢ - الهداية على هامش فتح القدير ج ٧ ص ١١٣ - ١١٧ ) .

وعند الشافعية والحنابلة ، لا تلزم الهبة ولا ينتقل الملك إلا بالقبض بذل الواهب ( المهذب ج ١ ص ٤٤٧ ) . المغني ج ٥ ص ٥٩١ - ٥٩٢ ) .

وعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، وله أن يقبض الهبة بغير إذن الواهب ، وهذا مبني على القول اشتهر عندهم من أن الموهوب له يملك الشيء الموهوب بمجرد العقد ( انظر مادة ٥٣٠ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية ) . وبهذا الرأي أخذ المشروع .

وطبقا للنص المقترح ، وهو حكم التقنين الحالي ، يلزم لانقضاء الهبة - فوق الإيجاب والقبول ، أن تكون بورقة رسمية ، سواء في العقار أو المنقول ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ولا تتم هبة العقار إلا إذا كانت بورقة رسمية . ويجوز أن تتم هبة المنقول بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية . فكما تتم هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز أيضا أن تتم بالقبض ، وفي هذه الحالة يغني القبض عن الورقة الرسمية . وليست هناك طريقة محددة للقبض ، فالنص مطلق . وبذلك يصبح قبض الهبة معادلا لتسليم المبيع .

والسند الشرعي للنص المقترح فيما يتعلق بالرسمية هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة .

وقد اغفل المشروع النص على ما تقتضي به المادة ٤٨٩ من التقنين الحالي من أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . ذلك أن الهبة عقد خطي يتحدد به الواهب عن ماله دون مقابل الأمر الذي يجعله في أشد الحاجة إلى التأمل والتدبر ، وهو ما توفره له الشكلية حيث أراد الشارع أن يجعل من إجراءات الرسمية المعقدة وما تتطلبه من وقت وجهد وسيلة تتيح للواهب الوقت الكافي للتروي ، فيأمن شر الاندفاع وراء انفعالات وقتية . وبذلك يحمي الواهب نفسه ، كما يحمي ورثته . ومن الواضح أن النص المذكور الذي اغفله المشروع يتيح للواهب الهروب من الشكلية المفروضة . وذلك بأن يقوم الواهب بتنفيذ الهبة مختارا رغم عدم توفر الرسمية المطلوبة . أو تقوم ورثته بهذا التنفيذ ، فنصح الهبة .

وليس في اغفال النص المذكور ما يحول دون إبرام هبة صحيحة : فإذا كانت الهبة باطلة لعب في الشكل ، فما على الواهب أو ورثته إلا أن يعيد إبرام العقد من جديد ، فيستوفيا الشكل المطلوب . وعند ذلك تتم الهبة .

#### ( مادة ٤٦١ )

الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٠ من التقنين الحالي .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه . فقد نصت المادة ٨٢٧ من المجلة على أن « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض » .

وحكم الفقرة الثانية مأخوذ من الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك ( أحمد إبراهيم ، التزامات التبرعات ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة ص ٦٢ ) .

وحكم الفقرة الثالثة مستمد من الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه . فقد نصت المادة ١/٨٤ من مرشد الحيران على أنه « إذا وهب شخص هبة إن ليس أهلا للقبول جاز لولي له أو وصيه أو من هو في حجره أن يقبل الهبة ويبضها عنه » . انظر كذلك مادة ٨٥١ من المجلة ، ومادة ٣٥٨ من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة .

#### ( مادة ٤٦١ )

١ - يلزم لانقضاء الهبة ، فوق الإيجاب والقبول ، أن تكون بورقة رسمية ، والا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .

٢ - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تنعقد الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٤٨٨ من التقنين الحالي التي نص على أن « تكون الهبة بورقة رسمية ، والا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » .

وتقابل المادتين ٦٠٢ و ٦٠٣ من التقنين العراقي .

فالمادة ٦٠٢ من هذا التقنين تنص على أنه « إذا كان الموهوب عقارا ، وجب لانقضاء الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة » . والمادة ٦٠٣ تنص على ما يأتي :

١ - لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض . ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة .

٢ - وإذا إذن الواهب صراحة صح القبض في مجلس الهبة أو بعده . وأما إذنه بالقبض دلالة فمقيّد بمجلس الهبة . وعقد الهبة أدن بالقبض دلالة » .

وتقابل المادة ٥٢٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - يتوقف نفاذ عقد الهبة على أي إجراء تعلق بالنصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفي العقد استكمال الإجراءات اللازمة .

٢ - وتتم في المنقول بالقبض دون حاجة إلى تسجيل » .

وتقابل المادة ٥٢٥ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا تنعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وثقت في محضر رسمي .

وتقابل المادة ٥٢٧ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « هبة مال أجنبي باطلة » .

وأحكام المادة المقترحة تتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي . حيث تنص المادة ٨٥٧ من المجلة على أنه « يحرم أن يكون الموهوب مال الواهب » وبناء عليه لو وهب أحد مال غيره لانهى . ولكن بعد الهبة لو أجازها صاحب المال صحح . ( انظر في هذا : المدافع ج ٦ ص ١١٩ ) .

#### ( مادة ٤٦٤ )

يشترط وجود الموهوب وقت الهبة . فتقع هبة الأموال المستقبلية باطلة .

هذه المادة تقابل المادة ٤٩٢ من التقنين الحالي التي تنص على أن « تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة » ، وقد روي إضافة أصل الحكم بحيث يكون بطلان هبة المال المستقبل نتيجة لهذا الأصل .

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ١/٦٠٩ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة » . ويرى أن يكون معنا مملوكاً لأواهب » .

وتتفق في حكمها ما جاء في المادة ٥٦٢ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « على الرغم مما ورد في المادتين ٩٢ و ٢٥٤ من هذا القانون لا تتمتع الهبة بالوعد ولا تتمتع على مال مستقبلي » . وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي . ففي المذهب الحنفي نصت المادة ٨٥٦ من المجلة على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ... » .

#### ( ٣ ) آثار الهبة

##### ( مادة ٤٦٥ )

إذا لم يكن الموهوب له قبل تسليم الشيء الموهوب فإن الواهب يلتزم بتسليمه إياه ، وتسرى في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٣ من التقنين الحالي . وتنص في حكمها مع المادة ١/٥٣٠ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يلتزم الواهب بتسليم الموهوب إلى الموهوب له » . ويصحح ذلك احتكام تسليم المبيع » .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٥٣٥ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يحرم الواهب بتسليم الموهوب » : إذا لم يكن الموهوب له قد قبضه ، وتسرى في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع » . والسند الشرعي لوجوب التسليم ما يراه المالكية من أن الهبة تتمتع بصحة لازمة للواهب ناقله للملك بمجرد العقد ويجبر الواهب على التسليم ( انظر مادة ٥٣٠ من مشروع قانون الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية ) .

وما تنص به هذه المادة ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ٢/٨٦ من المشروع التي تنص على أنه إذا اشترط القانون لنظام انعقد استيعاء شكل معين : فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الإنعاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » .

وعلى تقابل المادة ٥٦٢ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « على الرغم مما ورد في المادتين ٩٢ و ٢٥٤ من هذا القانون لا تتمتع الهبة بالوعد ولا تتمتع على مال مستقبلي » .

وحكمها في التقنين العراقي تطبيقاً للقاعدة الواردة في المادة ٢/٩١ من هذا التقنين .

وحكمها في التقنين الكويتي تطبيقاً للقاعدة الواردة في المادة ٦٩ من هذا التقنين .

والسند الشرعي للنص المقترح هو مصلحة المحافظة على المال ورفع النزاع .

#### ( مادة ٤٦٣ )

١ - من وهب ملك غيره بدون إذنه ، كانت هبته موقوفة على أجازة المالك . وتسرى عليها أحكام المادتين ٤٤٠ و ٤٤١ .

هذه المادة تقابل المادة ٤٩١ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات ، غير مملوك للواهب ، سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ و ٤٦٧ » .

والاحتكام الواردة في المادة المقترحة تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في المادتين ١٢٧ و ٣/١٢٨ من المشروع . فقد نصت المادة ١٢٧ على أن « يكون العقد موقوف التنفيذ على الإجازة إذا كان تصرفاً في ملك الغير بدون إذنه » . ونصت المادة ٣/١٢٨ على أنه إذا كان العقد موقوفاً لكونه تصرفاً في ملك الغير بدون إذنه ، كانت إجازته للمالك .

وفي هذا التطبيق تقضي المادة المقترحة ببيان أحكام بيع ملك الغير الواردة في المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع . وقد روي ذكر الحكم الأساسي في هذه الأحكام وهو أن تكون الهبة موقوفة على إجازة المالك . ثم الإشارة بتطبيق أحكام المادتين الباقيتين ، وهما المادتان ٤٤٠ و ٤٤١ .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٥٩ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا ينفذ عقد الهبة إذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب ، ما لم يجزه المالك ويتم القبض برضاه » .

وتقابل ما جاء في المادة ١/٦٠٩ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يشترط وجود الموهوب وقت الهبة » ، ويلزم أن يكون مملوكاً للواهب » .

والمادة ٦١٥ تنص على أنه : إذا أتلقت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له : فلا يرجع هذا على الواهب بما ضمن إلا بالتقدير الذي يضمن به الواهب الاستحقاق وفقاً للأحكام السابقة .

وفي الفتوى الإسلامية : طيف للمذهب الحنفي . إذا استحققت الهبة . فموهوب له . يرجوع بجميع العوض الذي آداه . وإن استحق نصف الهبة . رجع بنصف العوض ( انظر م ٥٢٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا ) . وقد نصت المادة ٣٦٧ من مشروع تقييد الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه : إذا أتلقت العين الموهوبة أو استحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن إلا إذا اشترط تضمينه عند الاستحقاق . وجاء في قواعد ابن رجب ص ٢٣٠ أن اليد القابضة تملك لا بموض للعين نصاً فيها كالهبة لا ترجع بما ضمنه بحال ، ذكره القاضي وابن عقيل أما ضمان الواهب عند اخفاء سبب الاستحقاق فسنده القواعد العامة في الضمان .

#### ( مادة ٤٦٧ )

١ - لا يضمن الواهب الشيء الموهوب من العيب .  
٢ - على أنه إذا تعمد الواهب اخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب ، كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب .

٣ - وإذا كانت الهبة بموض . كان الواهب ملزماً بالتعويض ، على ألا يجاوز هذا التعويض قدر ما آداه الموهوب له من عوض .

هذه المادة تنفق في حكمها مع المادة ٤٩٥ من التفنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب .  
٢ - على أنه إذا تعمد الواهب اخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب . كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب . ويحوز كذلك ملزماً بالتعويض إذا كانت الهبة بموض ، على ألا يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما آداه الموهوب له من هذا العوض .

وقد رأى أفراد لجنة مستقلة ، وهي اللجنة الثالثة في المادة المقترحة . النحة التي تكون الهبة فيها بموض ، لأن حكم التعويض فيها عن العيب الخفي يختلف عنه في الحالتين الأخريين .

ففي حالتين تعمد الواهب اخفاء العيب : وضمه به خلو الشيء الموهوب من العيوب . لا يلزم بتعويض الموهوب له إلا عن الضرر الذي يسببه العيب . فلا يعوض الموهوب له عن العيب ذاته ، أي عن نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب . وإنما يعرضه عما سببه العيب من الأضرار .

#### ( مادة ٤٦٦ )

١ - لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، إلا إذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بموض . وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر . وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما آداه الموهوب له من عوض .

٢ - وإذا استحق الشيء الموهوب . حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٤ من التفنين الحالي مع حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى التي تقول : كل هذا ما يتفق على غيره . وذلك لعدم جواز الاتفاق على تعديل أحكام ضمان الاستحقاق ( انظر مادة ٤١٣ ) .

وتقابل المادتين ٥٣١ و ٥٣٢ من التفنين الكويتي :

فالمادة ٥٣١ من هذا التفنين تنص على أنه : لا يضمن الواهب إلا التعرض للناشيء عن فعله . كما لا يضمن استحقاق الموهوب إلا إذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة مقترنة بتكليف ، وذلك ما لم يتفق على غيره أو يفضى القانون بخلافه .

والمادة ٥٣٢ تنص على ما يأتي :

١ - إذا استحق الموهوب . وكان الواهب قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً .

٢ - مان كانت الهبة مقترنة بتكليف ، فلا يلتزم الواهب بضمان الاستحقاق إلا في حدود ما آداه الموهوب له من التكليف . ويحل الموهوب له محل الواهب فيما يكون له من حقوق ودعاوى .

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ٥٦٨ من التفنين الأردني التي تنص على أنه : لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب في يد الموهوب له إذا كانت الهبة بغير عوض ، ولكنه يكون مسؤولاً عن كل ضرر يلحق الموهوب له من جراء هذا الاستحقاق إذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق . أما إذا كانت الهبة بموض ، فإنه لا يضمن الاستحقاق إلا بقدر ما آداه الموهوب له من عوض ، ما لم يتفق على غير ذلك .

وتقابل المادتين ٦١٤ و ٦١٥ من التفنين العراقي :

فالمادة ٦١٤ من هذا التفنين تنص على ما يأتي :

١ - لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب ، إلا إذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو إذا كانت الهبة بموض ، وفي الحالة الأخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما آداه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتفق على غيره .

٢ - وإذا استحق الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى . وهذه المادة تطابق نص مشروع التمهيدي للتفنين المصري .

وسنق في حكمها مع المادة ٥٣٠/٢ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : إذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه أو حصل فيه تغير أو نقص لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم .

( انظر المذكرة الإيضاحية للمواد المقابلة للمواد من ٤٩٣ إلى ٤٩٦ من التقنين الحالي في مشروع التمهيدى (م ٦٧٤ - ٦٧٧ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٧١ - ٢٧٣ ) .

والسند الشرعى للنص المقترح هو القواعد العامة في الضمان ، على اعتبار أن الواهب يسأل عن فعله العمد وخطئه الجسيم الذى أدى الى هلاك مال مملوك للموهوب له - ويتساقا مع هذا نصت المادة ٥٣٦ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام مالك على أنه : لا يبطل الهبة ببيع الواهب للشيء الموهوب قبل حوزة .

( مادة ٤٦٩ )

يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبى أم للمصلحة العامة .

هذه المادة تطابق المادة ٤٩٧ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦١٨ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٧٢ من التقنين الأردني التي تنص على أن : على الموهوب له أداء ما اشترطه الواهب من عوض سواء أكان هذا العوض للواهب أم للغير .

وتقابل المادة ٥٣٤ من التقنين الكويتي التي تنص على أن : يلتزم الموهوب له بالقيام بما يفرضه عليه العقد من تكليف ، سواء كان هذا التكليف مشروطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير .

وبنق حكم المادة المقترحة مع ما يفرده الفقه الإسلامى . ففي هذا المقع يلتزم الموهوب له بمراجعة شرط العوض ( م ٨٥٥ من المجلة .

وم ٣٦٨ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام أبى حنيفة .

وم ٥٣٨ فقرة ١ و ٢ و ٣ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى

باشا . وم ٥٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام

مالك . انظر ابن عابد بن ج ٤ ص ٥٤٢ ، والشرح الصغرى وحاشيته

ج ٢ ص ٣٥٠ ، والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ١٠٢ و ١٠٣ .

( انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين

الحالى ( ٦٧٩٠ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٧٩ ) .

لما في حالة ما اذا كانت الهبة بعوض فان الواهب يعرض الموهوب له من الاضرار التي لحقت به بسبب العيب ، وكذلك عن نقص قيمه العين الموهوبة ، على ألا يجاوز التعويض مقدار العوض .

واذا كانت الهبة بعوض . وبعد الواهب إخفاء العيب . أو ضمير خدش الشيء الموهوب من العيوب . وجب عليه تعويض الموهوب له عن كل الخسارة التي لحقت به بسبب العيب . ولو جاوزت هذه الخسارة مقدار العوض .

واعمرنان الأولى والثانية من المادة المقترحة متفقان في الحكم مع المادة

٥٣٣ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : لا يضمن الواهب براءة الموهوب من العيب ، إلا اذا اتفق على غير ذلك . أو كان الواهب قد عمدا إخفاء العيب . وعندئذ لا يكون ملزماً إلا بتعويض الموهوب له عما يسببه العيب من ضرر .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٧١ من التقنين الأردني التي تنص على أنه : لا يضمن الواهب العيب الخفى في الموهوب . ولو عمدا إخفاءه . إلا اذا كانت الهبة بعوض .

وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة المقترحة من أن الأصل في الهبة

أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية يتفق مع ما يقره الفقه الإسلامى ( قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا م ٦/٢٥٨ ) . وجاء في بداية المجهود لأبى رشيد ج ٢ ص ١٥٣ . أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي مقصود منها المعاوضة . كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضا في أنه لا تأثير للعيب فيها . كالهبات لغير الثواب . وأما ما بين هذين الصنفين من العقود ، أعنى ما جمع قصد المكازمة والمعاوضة ، مثل صبة الثواب فالأظهر في المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب . وقد قيل بحكم به اذا كان العيب مقصداً .

( مادة ٤٦٨ )

إذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه . فلا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم .

هذه المادة تنق في حكمها مع المادة ٤٩٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما باتى : لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم . وتقابل المادة ٦١٦ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٤٩٦ من التقنين الحالي .

## ( ٣ ) الرجوع في الهبة .

( مادة ٤٧١ )

( مادة ٤٧٠ )

- ١ - يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك .
- ٢ - فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول . ولم يوجد مانع من الرجوع .

- ١ - إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاقاً ، فإنه لا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الديون التي يحددها العقد .
- ٢ - وإذا كان النسيء الموهوب مثقلاً بحق عينيه فلهما لدين في ذمة الواهب ، أو في ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

هذه المادة مطابقة المادة ٥٠٠ من القانون الحالي . مع استبدال عبارة « تسخ الهبة والرجوع فيها » بعبارة « الترخيص له في الرجوع » ، وذلك للايضاح . « أن الرجوع في الهبة بالتعاضد هو تسخ قضائي لها . »  
والإضافة المقترحة تقع في حكمها مع المادة ٦٢٠ من القانون العرفي التي تنص على أن « للواهب أن يرجع في الهبة برضا الموهوب له » فإن لم يرخص كان للواهب حق الرجوع عند تحقيق سبب مقبول . ما لم يوجد مانع من الرجوع .

الفقرة الأولى من هذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٤٩٩ من القانون الحالي التي تنص على ما يأتي : « إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاقاً ، فإنه لا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة . هذا ما لم يتفق على غيره . »

وقد روي تعديل هذا النص على نحو يكون الموهوب له فيه على بينه من الديون التي يلتزم بالوفاء بها .

- ١ - للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له .
- ٢ - وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له ، فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ، ما لم يوجد مانع من الرجوع .

وقد استرشد المشروع في هذا التعديل بما نصت عليه المادة ٨٨١ من مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي من أنه « إذا شرط في الهبة عوض معلوم صار بيعاً فتجرى فيها أحكامه » وإذا كان العوض مجهولاً فهو بيع فاسد .

وتقابل المادة ٥٣٧ من القانون الكويتي التي تنص على ما يأتي :  
١ - لا يجوز للواهب الرجوع في عيبه ، إلا الأبوين فيما وهبوا لولدهما .

أما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ من القانون الحالي .

- ٢ - ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول .

والإضافة المقترحة تقابل المادة ٦١٩ من القانون العرفي التي تطابق المادة ٤٩٩ من القانون المصري الحالي .

ولم تتفق مذاهب الفقه الإسلامي في جواز الرجوع في الهبة :  
فالمالكية والشافعية والحنابلة لا يجيزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة . هي حالة عمة الوالد لولده . وهي ما تسمى عند المالكية باعتصار الهبة ( أنظر في مذهب مالك : الخرشني ج ٧ ص ١١٣-١١٥ ) .

وتقابل المادتين ٥٧٣ ، ٥٧٤ من القانون الأردني اللتين تطابقان المادة ٤٩٩ من القانون المصري الحالي .

أما عند الحنفية ، فالموهوب له يملك الموهوب ملكاً غير لازم ، فيجوز للواهب الرجوع في عيبه ، على ألا يتعارض مع حقه في الرجوع حق آخر . أي على ألا يوجد مانع من الرجوع يبطل حقه ( أنظر : الدرر ج ١٢ ص ٥٣ و ٥٤ . البدائع ج ٦ ص ١١٨ . أحمد إبراهيم ، التزام السرعات في مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ ص ٥٢ . عبد الرازق السنهوري ، الوسيط ج ٥ فقرة ١٢٥ ) .

وتقابل المادة ٥٣٦ من القانون الكويتي التي تنص على أنه « إذا كانت الهبة مفترقة بتكليف الموهوب له الوفاء بديون الواهب ، فإنه لا يكون ملزماً إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، ما لم يتفق على غير ذلك . »

وينفق حكم المادة المقترحة مع الفقه الإسلامي على اعتبار أن العوض في الهبة . وهو وفاء الديون ، معلوم على نحو كاف .

وقد ادخلت على هذه المسادة التعديلات الآتية :

١ - أضيف الزوج . وهو يشمل الزوج والزوجة . الى الأشخاص المذكورين في البند الأول . اذ ان رابطة ازواجية لا تقل عن الرابطة بأقرب قريب .

٢ - عدلت صياغة البند الثالث على نحو تنصيح منه حقيقة الحكم المقصود من النص . فالمفروض في العذر الا يكون للواهب ولد ومن الهبة . ذكر أو أنثى . ثم يرزق بولد بعدها . ويتوفر العذر اذا كان الولد ما يزال جنينا ويجعل الواهب ذلك . وفي جميع الأحوال يجب ان يظل الولد حيا الى وقت الرجوع .

٣ - أضيفت الى المادة بند رابع يقضى بأن يعتبر عذرا مقبولا للرجوع في الهبة اخلال الموهوب له بالتزام يفرضه العقد عوضا عن الهبة . ويمسح بطلب نسخ الهبة في هذه الحالة تطبيقا للقواعد العامة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢١ من التقنين العراقي :  
فالبند الأول منها ينص على ما يأتي : « أن يخل الموهوب له اخلالا خطيرا بما يجب عليه نحو الواهب . بحيث يكون هذا الاخلال من جانبه جحودا غليظا . »

والبندان الثاني والثالث منها يطابقان البندين الثاني والثالث من المادة ٥٠١ من التقنين المصري الحالي .

والبند الرابع منها يطابق البند الرابع من النص المقترح .  
وتقابل المادة ٥٧٧ من التقنين الاردني :

فالبند الأول منها يطابق البند الثاني من النص المقترح .  
والبند الثاني منها يطابق البند الثالث من المادة ٥٠١ من التقنين المصري الحالي .

والبند الثالث منها ينص على ما يأتي : « اخلال الموهوب بالتزاماته المشروطة في العقد دون مبرر . أو اخلاله بما يجب عليه نحو الواهب أو احد اقاربه بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا من جانبه . »  
وتقابل المادة ٥٣٨ من التقنين الكويتي .

فالبند الأول منها ينص على ما يأتي : « أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب اخلالا يعبر حدودا كبيرا من جانبه . »

والبند الثاني منها يطابق البند الثاني من المادة المقترحة .

والبند الثالث منها ينص على ما يأتي : « أن يرزق الواهب بعبد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع . »

والمشروع يسير في نصوصه على المنهج الحثفي . كما لمعل التقنين الحالي ( انظر م ٨٦٤ من المجلة و م ٥١٥ و ١/٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لفدري باشا و م ٣٦٢ و ٣٦٥ و ٣٦٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة ) .

وانظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٦٨٣ و ٦٨٤ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٠ - ٢٩٢ ) .

( مادة ٤٧٢ )

يعتبر على الاخص علدا مقبولا للرجوع في الهبة :

( أ ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو زوجه ، أو نحو احد اقاربه ، بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا من جانبه .

( ب ) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية . أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

( ج ) أن يرزق الواهب الذي ليس له ولد وقت الهبة ولدا بعدها ، ولو كان جنينا وقت الهبة متى كان الواهب يجهل ذلك ، أو أن تظهر بعد الهبة حياة ولده الذي كان يظن وقت الهبة انه ميت ، على أن يظل الولد في الحالين حيا الى وقت الرجوع .

( د ) أن يخل الموهوب له بما اشترط عليه في العقد من التزامات دون عذر مقبول .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« يعتبر بموجب خاص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة :

( أ ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب . أو نحو أحد من اقاربه . بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا .

( ب ) أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

( ج ) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع . أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي .

(ب) إذا مات أحد طرفي عقد الهبة . ومع ذلك لا يعتبر موت الواهب مانعا من الرجوع في الحالتين المنصوص عليهما في البند « ج » من المادة ٤٧٢ .

(ج) إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا ناقلا للملكية نهائيا . فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب . جاز للواهب أن يرجع في الباقي .

(د) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر . ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة .

(هـ) إذا كانت الهبة لدى رحم محرم . وذلك ما لم تتحقق إحدى الحالتين المنصوص عليهما في البند (ج) من المادة ٤٧٢ أو كلاهما .

(و) إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له . سواء كان الهلاك بسبب اجنبى أو بفعل الموهوب له أو باستعماله إياه ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء الموهوب جاز الرجوع في الباقي . وكذلك إذا تغير الشيء الموهوب من حالة إلى حالة حتى تزول صورته الأولى .

(ز) إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة .

(ح) إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(أ) إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع .

(ب) إذا مات أحد طرفي عقد الهبة .

(ج) إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا ، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب . جاز للواهب أن يرجع في الباقي .

(د) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .

(هـ) إذا كانت الهبة لدى رحم محرم .

(و) إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له . سواء أكان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبى لاند له فيه أو بسبب الاستعمال . فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي .

(ز) إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة .

(ح) إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر .

والظاهر من المذهب الحنفى أن الواهب هو الذى سفل بتقدير التحدر في الرجوع في الهبة دون رقابة عليه . فيكفى في ذلك أن يرجع الواهب الأمر إلى القضاء . إذا لم يتراض مع الموهوب له على الرجوع . حتى يجيبه القضاء إلى طلبه ( انظر الميسوط للسرخسى ج ١٢ ص ٥٢ و ٥٤ . البدائع ج ٦ ص ١٢٨ . أحمد إبراهيم في التزام التبرعات . مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ ص ٥٢ ) . ولكن المشروع ، كما فعل التقنين الحالي ، قيد من هذا الإطلاق . فوجب للرجوع في الهبة عذرا مقبولا . وجعل القضاء رديا على الواهب في ذلك . فقد يجيبه إلى طلبه وقد يرفض هذا الطلب . والاعداد المذكورة في المادة المقترحة لم ترد على سبيل التحصر . وإنما خصص بالذكر لأنها الاعشار الغالبة التي تبرر الرجوع في الهبة . فقد تقوم أعداد أخرى غيرها .

واشراط عدد مقبول للرجوع في الهبة يتفق مع العرض المقصود من الهبة وينسقى مع القواعد العامة في المعه الاسلامى . وقد رأينا أن المالكة والشاعمية والحايكة . على خلاف الحنفية . لا يجيزون الرجوع من الهبة إلا في حالة واحدة هي حالة هبة الوالد لولده . وقد استرشد المشروع في تقييد حق الواهب في الرجوع بإبراهيم .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٦٨٥ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٠ - ٢٩٢ .

( مادة ٤٧٣ )

إذا قتل الموهوب له الواهب عمدا بغير حق، كان لورثته طلب فسخ الهبة .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها استثناء من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب . ويبرره جحدود الموهوب له . ومن ثم فانه يتفق مع القواعد العامة . ذلك أنه إذا جاز الرجوع في الهبة لمجرد شروع الموهوب له في قتل الواهب، فأولى أن يجوز الرجوع إذا تمت الجريمة . كما يصح الفاس على الميراث . فالقاتل لا يرث المقتول . تطبيقا للأصل الشرعى المأثري : « من أسعد حل شئنا قبل أوانه عوف بجرمائه » . وقد يجعل الموهوب له قتل الواهب حتى يأمن الرجوع في الهبة لعذر من الأعداد .

وهي مطابق المادة ٦٢٢ من التقنين العراقى .

ونظابق المادة ٥٧٨ من التقنين الأردنى .

ونظابق المادة ٥٤٠ من التقنين الكويتى .

( مادة ٤٧٤ )

معبر مانعا من الرجوع في الهبة ما يأتي :

( أ ) إذا زاد الشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع .



وقد أدرجت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - عدل البند (أ) تعديلا لفظيا .

٢ - أضيف الى البند (ب) استثناء من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب . وذلك إذا رزق الواهب الذي ليس له ولد وفات الهبة ولدا بعدها ولو كان جنينا مجهل الواهب وجوده . أو ظهرت بعد الهبة حياة ولده الذي كان يظن وقت الهبة أنه ميت . وهما الحالتان المذكورتان في البند (ج) من المادة ٤٧٢ .

٣ - عدل البند د ج ، تعديلا لفظيا يتضح منه أن التصرف المقصود هو التصرف الناقل للملكية .

٤ - عدل البند د د ، تعديلا لفظيا .

٥ - أضيف الى البند د ه ، استثناء من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها إذا كانت لدى واحد محرم . وذلك في الحالتين المذكورتين في البند د ج من المادة ٤٧٢ ، وللتين تم استثنائهما كذلك في البند د ه من أن الهبة لا يجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب .

٦ - أضيف الى البند د و ، حالة ما إذا تعبر الشئ الموهوب من حالة إلى حالة . لأنها تلتحق بهلاك الشئ الموهوب . كان مصراع قطعه من المذهب حلية . أو يعجن الدقيق خبزاً .

والمادة المقترحة تقابلها المادة ٦٢٣ من القانون العراقي . وهي تنص في أحكامها مع المادة ٥٠٢ من القانون المصري الحالي . وتزيد مانعا من أن يهب الدائن الدين للمدين ، فلا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة .

وتقابلها المادة ٥٧٩ من القانون الأردني . وهي تحصى الخوانع ذاتها مع الاختلاف في مدى البعض منها . وتزيد مانعا من أن يهب الدائن الدين للمدين فلا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة .

وتقابلها المادة ٥٣٩ من القانون الكويتي .

والخوانع المذكورة في المادة المقترحة مأخوذة جميعها من الفقه الاسلامي عن مذهب الامام أبي حنيفة ، كما فعل التقنين الحالي . انظر في هذا : اشراد ٨٦٦ - ٨٧٤ من المجلة ، والمواد ٥١٥ - ٥٢٣ و ٥٢٦ و ٥٢٩ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا ، والمواد ٣٦٣ - ٣٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة ومدكراتها الايضاحية ، والمذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٦٨٦ ) والتعديلات التي أدخلت عليه في لجنة المراجعة ولجنة مجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٨٩ - ٢٩٤ . وانظر المرسوم للشرعي ح ١٢ ص ٥٣ و ٥٤ . البندان ج ٦ ص ١٢٨ .

مع المدير ج ٧ ص ١٢٢ . احمد ابراهيم في المرام انبساط . مجله القانون والاقتصاد السنة ٣ ص ٥٢ - ٦٣ .

( مادة ٤٧٥ )

١ - يترتب على الرجوع في الهبة بالراضى أو بالقاضى أن تعبر الهبة كأن لم تكن . وذلك دون اخلال بما كسبه الغير حسن النية بموضع من حقوق .

٢ - ولا يرد الموهوب له المصار الا من وقت الاتفاق على الرجوع . أو من وقت رفع الدعوى . وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية . أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشئ الموهوب .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٢ من القانون الحالي . وبما عدا العبارة الأخيرة في الفقرة الأولى التي جاء فيها : . وذلك دون اخلال بما كسبه الغير حسن النية بموضع من حقوق . . وقد وردت هذه العبارة في نص مشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٦٨٧ ) . ولكن النص النهائي للمادة سقطت منه العبارة التي كانت تتضمنها الفقرة الأولى . دون أن يظهر من الأعمال التحضيرية كيف حذفت هذه العبارة . وهي على كل حال تطبق للقواعد العامة .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢٤ من القانون العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا رجع الواهب في هبته بالراضى . أو بالقاضى . كان رجوعه ابطلا لأن العقد من حين الرجوع وإعادة للملك .

٢ - ولا يرد الموهوب له المصار الا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت الدعوى . وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية . أما المصروفات النافعة . فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الموهوب .

وتقابل المادة ٥٨٠ من القانون الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - يعتبر الرجوع عن الهبة رضاء أو قضاء ابطلا لأن العقد .

٢ - ولا يرد الموهوب له المصار الا من تاريخ الرجوع رضاء أو تاريخ الحكم . وله أن يسترد النفقات الضرورية . أما النفقات الأخرى فلا يسترد منها الا ما زاد في قيمة الموهوب .

وتقابل المادة ٥٤١ من القانون الكويتي التي تنص على أنه يترتب على الرجوع إعادة الموهوب الى ملك الواهب من حين تمامه . وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية  
تقدرى بأشأ على ما يأتي : . . . فلو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل  
القبض أو الرضاء ، بهتكت أو استهلك ، ضمن قيمتها للموهوب . .  
وإذا طلبها بعد القبض ، ومنعها الموهوب له ، فهتكت في يده ، ضمنها .  
انظر كذلك : . ٦٨٥ من المجلة .

#### الفصل الرابع

##### الشركة

##### الفرع الأول

##### الشركة بوجه عام

( مادة ٤٧٧ )

الشركة عقد يساهم بمقتضاء شخصان أو أكثر في مشروع مالي ، بتقديم  
حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح  
أو من خسارة .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٥ من التقنين الحالي التي تنص على أن  
« الشركة عقد بمقتضاء يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في  
مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن  
هذا المشروع من ربح أو من خسارة » .

وقد روعي في تعريف الشركة في المادة المقترحة إبراز محل العقد .  
وهو العملية القانونية المقصودة من العقد ، وذلك على نسق ما يراعيه  
المشروع بالنسبة إلى جميع العقود . والعملية القانونية المقصودة من الشركة  
هي المساهمة في مشروع مالي واقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من  
ربح أو خسارة . وهي العنصر الجوهرى الذي يجب أن يظهر في تعريف  
الشركة . ولهذا تعاضى المشروع أن يجعل من محل عقد الشركة بهذا  
ال معنى مجرد التزام يقع على عاتق اشريك كما فعل التقنين الحالي ، لأن  
الالتزام أثر للعقد وليس محله .

وقد جاء تعريف الفقه الاسلامي للشركة منصبا على محل العقد .  
فقد نصت المادة ١٣٢٩ من المحلة على أن « شركة العقد عبارة عن  
عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً بينهما » .

( انظر في هذا المعنى المذكورة الايضاحية للنص المقابل في المشروع  
التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٦٨٩ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤  
ص ٢٠٣ و ٢٠٤ ) .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٢٦ من التقنين العراقي التي تطابق  
المادة ٥٠٥ من التقنين المصري الحالي .

بصير المذكورة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين  
الحالي ( م ٦٨٧ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٧ .  
وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٢٦٦ من مشروع فنين الشريعة  
المسلمة في مذهب الامام ابي حنيفة على أنه « اذا تم الرجوع في عقد  
التهبة برضى أو قضاء ، كان فسخاً للعقد » .

ونصت المادة ٥٢٧ من قانون الأحوال الشخصية لتقدرى بأشأ على  
أنه « لا يصح الرجوع في الهبة الا بتراضى العاقدين أو بحكم الحاكم .  
فاذا رجع الواهب باحدهما ، كان رجوعه باطلاً لأثر العقد في المستقبل  
واعادة حكمه . . . » .

( مادة ٤٧٦ )

١ - اذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضى أو  
الرضا ، كان مسئولاً قبل الموهوب له عن هلاك الشيء ، سواء كان الهلاك  
بسبب اجنبى أو بفعل الواهب أو باستعماله اياه .

٢ - اما اذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد  
الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فيكون الموهوب له مسئولاً عن هلاك  
الهلاك . ولو كان الهلاك بسبب اجنبى .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٤ من التقنين الحالي ، مع تعديل لفظى في  
الفقرة الأولى .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٢٥ من التقنين العراقي التي تنص على  
أنه « اذا أخذ الواهب الموهوب قبل الرضاء أو القضاء كان غاصباً ، ولو  
هلك الموهوب أو استهلك ضمن قيمته للموهوب له . اما اذا طلبه بعد  
القضاء ومنعه الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فهلك في يده ،  
ضمنه » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٨١ من التقنين الأردنى التي تنص على  
ما يأتى :

« اذا استعاد الواهب الشيء الموهوب بغير رضاء أو قضاء ، كان  
مسئولاً عن هلاكه مهما كان سببه » .

٢ - اما اذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد  
الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم ، فان الموهوب له يكون مسئولاً عن  
الهلاك مهما كان سببه » .

انظر المذكورة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين  
الحالي ( م ٦٨٨ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٧ .

وتقابل المادة ٥٨٢ من التقنين الأردني التي تتفق مع المادة ٥٠٥ من التقنين المصري الحالي .

( مادة ٤٧٨ )

١ - تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر المنصوص عليها في المادة التالية .

٢ - ومع ذلك فللغير اذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة ان يتمسك بشخصيتها .

هذه المادة تقابل المادة ٥٠٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا . ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقررها القانون .

٢ - ومع ذلك للغير اذا - نعم الشركة باجراءات النشر المقررة ان يتمسك بشخصيتها .

وفقد عدلت الفقرة الاولى من هذه المادة باستبدال عبارة «اجراءات النشر المنصوص عليها في المادة المالية» بعبارة «اجراءات النشر التي يقررها القانون» . فاذ ان التقنين الحالي لم يرد فيه بيان لهذه الاجراءات فروى استحداث المادة التالية لهذا الغرض .

انظر النص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٦٩٠ ) ومذكره الايضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٠٤-٣٠٧ . والسند الشرعى للمادة المقترحة ان الثقة الاسلامي يعتد بالشخصية الاعتبارية ويرتب عليها احكاما في حالات عديدة كالوقف وبيت المال . كما ان المادة ١٢٥٠ من المجلة ينصح فيها ملكية الشركة لراس المال . حيث تنص على ما يأتي : «الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر» . فمال الشركة في يد كل واحد منهما هو في حكمه الوديعة ، واذا سب مال الشركة في يد واحد منهما فلا تعد ولا تقصر فلا يكون صامما حصه شريكه .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٢٧ من التقنين العراقي الذي تطابق نص المشروع التمهيدى للتقنين المصري الحالي ( م ٦٩٠ ) .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٨٢ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - تعتبر الشركة شخصا حكما بمجرد تكوينها .

٢ - ولا يحج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات التسجيل والنشر التي يقررها القانون .

٢ - ولكن للغير ان يتمسك بهذه الشخصية رغم عدم استيفاء الاجراءات المشار اليها .

( مادة ٤٧٩ )

١ - على كاتب المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن الشركة ان يسجل عقد الشركة بناء على طلب الشريك المنتدب للإدارة أو غيره من الشركاء . وذلك في سجل خاص يرتب بحسب أسماء الشركات .

٢ - وعلى كاتب المحكمة كذلك ان يرسل الى قلم كتاب محكمة القاهرة صورة من عقد الشركة لأبوابها في سجل عام ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل .

٣ - واذا ادخلت تعديلات على عقد الشركة ، وجب تسجيلها على الوجه المبين في الفقرتين السابقتين . فيؤشر بها في هامش التسجيل الاصل .

هذه المادة مستوحاة من

والعرض منها سد احصاء التوحيد في التقنين الحالي فيما يتعلق بنشر الشركة المدنية . حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير باعتبارها شخصية قانونيا .

والسند الشرعى لهذه المادة ما تفضيه المصلحة من رسم الاجراءات اللازمة لاستعماله التعامل وحفظ الحقوق ورفع النزاع .

ولاحظ ان قيام كاتب المحكمة بتسجيل عقد الشركة انما يكون بناء على طلب الشريك المنتدب لإدارة الشركة أو أى شريك آخر . وقد لا يكون للشركة مدير منتدب . وقد يكون لها مدير منتدب ولكنه لم يقدم بطلب تسجيل عقد الشركة . وفي هذه الحالة أو تلك يستطيع أى شريك ان يتقدم بطلب تسجيل عقد الشركة .

كما يلاحظ ان ي تعديل بطرا على عقد الشركة . لمعدل اسم الشركة أو مدتها أو مركزها أو هيئة الإدارة فيها . يجب استيفاء اجراءات النشر بالنسبة اليه كما هو الشأن بالنسبة الى عقد الشركة . حيث يؤشر بهذه التعديلات في هامش تسجيل العقد .

وبدون استيفاء اجراءات النشر على الوجه المبين في المادة المقترحة لا يجوز الاحتجاج على الغير بعقد الشركة وما ادخل عليه من تعديلات . وهذا حرا . اعصر فيه المشروع على القواعد العامة .

وسبق في حكمه مع اصداره ٦٢٩ من التقنين العرفي التي تنص على ما يلي

١ - يجوز ان تكون الحصص التي يقدمها اشركاء معاونة القيمة او مختلفة في طبيعتها ، وان تكون ملكية اموال او مجرد الانتفاع بهذه الاموال .

٢ - يعتبر الحصص عند الشك متساوية في القيمة وانها واردة على ملكية المال الاعلى مجرد الانتفاع به . . وهذه المادة تطابق المادة ٦٩٢ الفقرة الاولى من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (انظر المذكرة الايضاحية لخص المشروع التمهيدي في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣١٢ - ٣١٤) .

وتتفق في حكمه مع ما جاء في المادة ٢/٥٨٥ والمادة ١/٥٨٦ من التقنين الاردني .

فاناه ٢/٥٨٥ من هذا التقنين تنص على انه « يجوز ان تكون حصص الشركاء متساوية او معاونة ، ولا يجوز ان يكون الدين في ذمة اغير او حصة فيه رأس مال للشركة » .

والمادة ١/٥٨٦ تنص على انه « يجوز ان تكون حصة الشريك في الشركة حق ملكية او حق منفعة او اي معنى اخر . . . » .

انظر في الفقه الاسلامي المادتين ١٣٩٩ و ١٤١١ من المجلد .

#### ( مادة ٤٨٣ )

لا يجوز ان تقصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ ، او على ما يصنع به من ثقة مالية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٠٩ من التقنين الحالي .

وحكمها يتفق مع القواعد العامة .

انظر المذكرة الايضاحية لخص اصداره ٦٩٢ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣١٢ و ٣١٤ . والسند الشرعي لمادة المقترحة ان حصة الشريك المشار اليها ليست مالا ولا عملا . الامر الذي يتعارض مع مفهوم الشركة .

#### ( مادة ٤٨٤ )

اذا تمهت الشريك بان يقدم حصته في الشركة مبلغا من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، جاز للشركة ، فوق مطالبة بالوفاء ، بالتزامه . ان تطالبه بالعوض عما لحقها من ضرر بسبب تاخره في هذا الوفاء .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٠ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا تمهت اشريك بان يقدم حصته في الشركة مبلغا من النقود ، ولم

#### ( مادة ٤٨٠ )

اذا تغير موطن الشركة ، وجب ان يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها الموطن السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغير الموطن ان يرسل صورة من عقد الشركة والتعديلات المؤثر بها في هامش التسجيل الى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها .

هذه اصداره مسحونة .

وحكمها تكمل طبيعة لحكم المادة السابقة . اذ ان تغيير موطن الشركة من قبيل التعديلات التي يمكن ادخالها على عقد الشركة ، ومن ثم يجب ان تنفذ بالنسبة اليها اجراءات الشر اللازمة .

#### ( ١ ) اركان الشركة

#### ( مادة ٤٨١ )

١ - يجب ان يكون عند الشركة مكتوبا والا كان باطلا ، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون ان يستوفي الشكل الذي افرغ فيه ذلك العقد .

٢ - غير ان هذا البطلان لا يجوز ان يحتج به الشركاء قبل الغير . ولا يكون له اثر فيما بين الشركاء انفسهم . الا من وقت ان يطلب الشريك الحكم بالبطلان .

هذه اصداره تطابق اصداره ٥٠٧ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٢٨ من التقنين العرفي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٨٤ من التقنين الاردني .

وسندهما الشرعي قوله سبحانه وتعالى : « يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه » . اذا ان الكتابة في التعامل من شأنها حماية الحقوق ورفع النزاع .

انظر المذكرة الايضاحية لخص اصداره في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( ٦٩١ ) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٠٨ - ٣١٠

#### ( مادة ٤٨٢ )

تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة ، وانها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به ، مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك .

هذه اصداره تطابق المادة ٥٠٨ من التقنين الحالي .

## ( مادة ٤٨٦ )

١ - اذا تعهد الشريك بان يقدم حصته في الشركة عملاً ، وجب عليه ان يقوم بالخدمات التي تعهد بها ، وان يقدم حساباً عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولة العمل الذي قلده حصة له .

٢ - على انه لا يكون ملزماً بان يقدم للشركة ما يكون قد حصل عليه من حق اختراع ، الا اذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٢٢ من التقنين العراقي .

وتقابل الفقرة الثالثة من المادة ٥٨٦ من التقنين الأردني التي تنص على انه ، اذا كانت الحصة عملاً ، وجب على الشريك ان يقوم بالخدمات التي تعهد بها في العند ، .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( ٦٩٥م ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٢٢ و ٣٢٣ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ماقرره الفقه الاسلامي في هذا الصدد انظر في هذا : م ١٣٤٥ - ١٣٤٧ و ١٣٥٩ و ١٣٩٦ من المجلة .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ما جاء في قوله سبحانه وتعالى : ( يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ) أو قوله عليه الصلاة والسلام : ( المسلمون عند شروطهم ) . اذ ان من شرط على نفسه عملاً في الشركة وجب عليه ادائه على الوجه المتفق عليه .

## ( مادة ٤٨٧ )

اذا كانت الحصة التي قدمها الشريك هي ديون له في ذمة الغير ، فلا ينقضي التزامه للشركة الا اذا استوفيت هذه الديون . ويكون الشريك فوق ذلك مسؤولاً عن تعويض الضرر اذا لم توف الديون عند حلول اجزائها .

هذه المادة تطابق المادة ٥١٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٢٣ من التقنين العراقي .

وتقابل ما تنص عليه المادة ٥٨٥/٢ من التقنين الأردني من انه لا يجوز ان يكون الدين في ذمة الغير أو حصة فيه رأس مال الشركة .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( ٦٩٦٠ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٢٥ .

يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعداء ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء ، .

وقد عدل هذا النص بحدوث ما يمتنع فيه بالعوائد جبرياً على خطة المشروع في تحريمها . ولكن اذا كانت حصة الشريك مبلغاً من النقود ولم يقدمه في الوقت المقرر ، فانه يجوز للشركة ، فوق مطالبة بالوفاء بالتزامه ، ان تطالبه بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر بسبب تاخره في هذا الوفاء . وذلك تطبيقاً للقاعدة الواردة في المادة ٢٣٦ من المشروع التي تنص على انه ، اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتاخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن ان يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير ، .

وقد نص التقنين الكويتي في المادة ٣٠٦ مئة على قاعدة تنفق في الجملة مع القاعدة التي أوردتها المشروع في المادة ٢٣٦ المذكورة . وقد سبق ذكر النص الكويتي تحت المادة ٢٣٦ من المشروع .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٣٠ من التقنين العراقي التي نص في حكمها مع المادة ٥١٠ من التقنين المصري الحالي .

والهدف من السنته الصريحة هو حماية النسبة التي يجب ان يسود التعامل . ولا تاتي الشريعة الاسلامية التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن ، وهو الشركة فاما نحن فبصدده ، في الحالة التي تتناولها هذه المادة .

## ( مادة ٤٨٥ )

١ - اذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر ، فان احكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة اذا هلك ، او استحققت ، او ظهر فيها عيب أو نقص .

٢ - اما اذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال ، فان احكام اليجار هي التي تسري في كل ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥١١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٣١ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٥٨٦/٣٠١ من التقنين الأردني .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( ٦٩٤٠ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣١٩ - ٣٢١ .

وانظر في الفقه الاسلامي م ١٣٤٢ من المجلة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة لهذه التعديلات ما يأتى :

١ - ف فيما يتعلق بالفقرة الأولى من المادة المقترحة ، نصت المادة ١٣٧١ من المجلة على أنه « إذا تساوى الشريكان فى رأس المال وشروطا من الربح حصة زائدة لأحدهما فالشركة صحيحة » ، كما نصت المادة ١٣٧٢ من المجلة على أنه « إذا شرط تقسيم الربح على التساوى بين الشريكين اللذين رأسمالهما متفاضل فيكون شرط أخذ حصة الزيادة من الربح صحيحا » .

٢ - وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة المقترحة ، نصت المادة ١٣٦٩ من المجلة على أن « الضرر والخسار الواقع بلا تعلولا تقصير منقسم على كل حال على مقدار رأس المال » ، وإذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر » .

٣ - وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة المقترحة ، نصت المادة ١٤٢٨ من المجلة على ما يأتى :

« على كل حال يكون الضرر والخسار عائدا إلى رب المال ، وإذا شرط كونه مشتركا بينه وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٣٤ من التقنين العراقى التى تنفق فى حكمها مع المادة ٥١٤ من التقنين المصرى الحالى .  
وتقابل المادة ٥٨٧ من التقنين الأردنى .

( مادة ٤٨٩ )

إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا .

هذه المادة تقابل المادة ٥١٥ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :  
١ - « إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا » .

٢ - « ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر ، بشرط ألا يكون قد تفرغ له أجر على عمله » .

وقد رأى حلف الفقرة الثانية من نص التقنين الحالى اتساقا مع ما تقر فى المادة السابقة من أنه إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، كان نصيبه فى الخسارة هو عملة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو أن اشتراط عدم مساهمة أحد اشركاء فى أرباح الشركة أو فى خسائرها شرط ينافى مقتضى العقد .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ما نصت عليه المادة ١٤٠٩ من المجلة من أنه « إذا قال رب المال فى المضاربة للمضارب أقبض الدين الذى لى فى ذمة فلان واستعمله على ضربى المضاربة وقبل فتكون صحيحة » .

( مادة ٤٨٨ )

١ - إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الربح ، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال .

٢ - أما نصيب كل من الشركاء فى الخسارة ، فيتعين أن يكون بنسبة حصته فى رأس المال . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

٣ - وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجبان يقدر نصيبه فى الربح تبعا لما يفيد الشركة من هذا العمل . أما نصيبه فى الخسارة فهو عمله . وإذا قدم فريق عمله نقودا أو أى شىء آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه .

هذه المادة تقابل المادة ٥١٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

١ - « إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر ، كان نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال » .

٢ - فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح ، وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة أيضا . وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة .

٣ - وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، وجب أن يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما يفيد الشركة من هذا العمل ، فإذا قدم فوق عمله نقودا أو أى شىء آخر ، كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استبدلت الفقرة الأولى من المادة المقترحة بالفقرة الأولى من نص التقنين الحالى . حيث أنه فى حالة عدم الاتفاق على نصيب كل من الشركاء فى الربح ، يكون نصيب كل منهم فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال . ويجوز الاتفاق على غير ذلك . إذ أن هذا الجواز إنما يقتصر على التعديل فى نسبة الربح على خلاف ما تقتضى به القاعدة .

٢ - أوجبت الفقرة الثانية من المادة المقترحة أن يكون نصيب كل من اشركاء فى الخسارة بنسبة حصته فى رأس المال ، بحيث لا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك .

٣ - عدلت الفقرة الثالثة من نص التقنين الحالى بما يفيد أنه فى حالة ما إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله ، يكون نصيبه فى الخسارة هو عمله .

من حق الغلبية الشركاء، المنتدبين رفض هذا الاعتراض، فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء، جميعاً.

٢ - أما إذا اتفق على أن تكون قرارات الشركاء، المنتدبين بالإجماع أو بالأغلبية، فلا يجوز الخروج على ذلك، إلا أن يكون لأمر عاجل تترتب على نفوذه خسارة جسيمة لاستطيع الشركة تعويضها.

هذه المادة تطابق المادة ٥١٧ من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٢٧ من التقنين العراقي.

وتقابل المادة ٢/٥٩٢ من التقنين الأردني التي نص على أنه، إذا كانت الانابة لأكثر من شريك، ولم يؤذن لهم بالانفراد، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا فيما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي أو في أمر عاجل يترتب على تعويله ضرر للشركة.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للمعنى الحالي (م ٧٠٠) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٤١-٣٤٣.

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو أن من يندب لإدارة الشركة يكون بمثابة وكيل.

( مادة ٤٩٢ )

إذا وجب أن يصدر قرار بالأغلبية، تعين الأخذ بالأغلبية العديدة، وإلا لم يتفق على غير ذلك.

هذه المادة تطابق المادة ٥١٨ من التقنين الحالي.

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٣٨ من التقنين العراقي التي تطابق نص المشروع التمهيدي للمعنى الحالي (م ٧٠١).

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للمعنى الحالي (م ٧٠١) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٤٤.

( مادة ٤٩٣ )

ليس للشركاء، من غير المديرين حق الإدارة، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها، وكل اتفاق يخالف ذلك فهو باطل.

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٥١٩ من التقنين الحالي التي تنص على أن الشركاء، غير المديرين ممنوعون من الإدارة، ولكن يجوز لهم أن

وقد نصت المادة ١٣٦٩ من المجلة على أن «الضرر والخسار الواقع بلا تعد ولا تقصير منقسم على كل حال على مقدار رأس المال، وإذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر».

والإضافة المقترحة تقابل المادة ٥٩٠ من التقنين الأردني التي تطابق المادة ٥١٥ من التقنين الحالي.

وتقابل المادة ٦٣٥ من التقنين العراقي.

( ٢ ) إدارة الشركة

( مادة ٤٩٠ )

١ - للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم، بالرغم من معارضة سائر الشركاء، بأعمال الإدارة وبالتصرفات التي تدخل في غرض الشركة، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الفس، ولا يجوز عزل هذا الشريك من الإدارة دون مسوغ، مادامت الشركة باقية.

٢ - وإذا كان انتخاب الشريك للإدارة لاحقاً لعقد الشركة، جاز الرجوع فيه كما يجوز في التوكيل العادي.

٣ - أما المديرون من غير الشركاء، فهم دائماً قابضون للعزل.

هذه المادة تطابق المادة ٥١٦ من التقنين الحالي.

وتطابق المادة ٦٣٦ من التقنين العراقي.

والفقرة الأولى منها تقابل المادة ٥٩٢ / ٣٠١ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

١ - إذا اتفق في عقد الشركة على انابة أحد الشركاء، في تمثيل الشركة وإدارة أعمالها تثبت له وحده ولاية التصرف في كل ما تؤول إليه الانابة وما يتصل بها من توابع ضرورية.

٣ - ولا يجوز عزل من اتفق على انابته في عقد الشركة ولا تقييد تلك الانابة دون مسوغ مادامت الشركة قائمة.

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للمعنى الحالي (م ٦٩٩) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٣٧ - ٣٣٩. وانظر في الفقه الإسلامي: م ١٣٨٢ و ١٤١٦ من الحلة. فقد نصت المادة ١٣٨٢ على أنه «إذا فوض أحد الشريكين أمور الشركة إلى رءى الآخر فله أن يعمل كل شيء من توابع التجارة، لكن لا يجوز له انلاف المال ولا التملك بغير عوض» إذ أن هذا التفويض إنما يكون في عقد الشركة.

( مادة ٤٩١ )

١ - إذا تعدد الشركاء، المنتدبون للإدارة دون أن يعين اختصاص كل منهم، ودون أن ينص على عدم جواز انفراد أي منهم بالإدارة، كان لكل منهم أن يقوم منفرداً بأي عمل من أعمال الإدارة، على أن يكون لكل من باقى الشركاء، المنتدبين أن يعترض على العمل قبل تمامه، وعلى أن يكون

٢ - وعليه أن يمتنع عن أي نشاط يلحق الضرر بالشركة . أو يكون مغاللا للفرض الذي انشئت لتحقيقه .

هذه المادة تطابق المادة ٥٦٦ من التقنين الحالي . مع تغيير وصي  
ن من العربي . بحيث أصبحت المفعول الأول في نص هذا النص  
في المفعول الثاني في المادة المرحه . لأن الحكم الذي نص عليه  
هذه المفعول الثاني يعتبر نتيجة حكم المفعول الأول . إذ أن واجب الشريك  
في أن يبذل من أعبائه في تدبير مصالح الشركة ما يبذل في تدبير  
مصالحه الخاصة يترتب عليه أن يمتنع الشريك عن أي نشاط يلحق  
الضرر بالشركة أو يكون مغاللا لمعرض الذي انشئت من أجله .

وإساده اقترحه تطابق المادة ٦٤١ من التقنين العراقي . مع  
اختلاف وصي كل من العربي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٦٧ من التقنين الأردني .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي  
للتقنين الحالي ( م ٧٠٤ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٥٢  
وانظر في اللغة الإسلامية : م ١٣٥٠ من المجلة - البدائع ج ٣ ص ٦٨ .  
المعنى ج ٥ ص ٤٦ .

#### ( مادة ٤٩٦ )

١ - إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة . وجب عليه  
تعويض الضرر الذي يلحق بها من جراء ذلك .

٢ - وإذا أمد الشريك الشركة من ماله . أو أنفق في مصالحها  
مصرفات نافعه عن حسن نية وتبصر . وجب له على الشركة تعويض  
الضرر الذي يلحق به من جراء ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٥٢٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما  
يأتي :

١ - إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة . لزمته  
فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه . بغير حاجة إلى مطالبة قضائية  
أو اعتذار . وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميل  
عند الاقتضاء .

٢ - وإذا أمد الشريك الشركة من ماله . أو أنفق في مصالحها شيئا  
من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر . وجبت له على الشركة  
فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها .

يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها . وكل اتفاق على غير  
ذلك باطل .

وقد أدخلت على هذه المادة تعديلات لعلية على النحر الوارد في المادة  
المقترحة .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٣٩ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٦ من التقنين الأردني .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين

الحالي ( م ٧٠٢ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٤٦ .  
وانظر في اللغة الإسلامية : م ١٣٧٥ من المجلة .

#### ( مادة ٤٩٤ )

إذا لم يوجد نص خاص على طريقة الادارة . اعتبر كل شريك مفوضا  
من الآخرين في ادارة الشركة . ونان له ان يباشر أعمال الشركة دون  
الرجوع الى غيره من الشركاء . على ان يكون لهؤلاء أو لاي منهم حق  
الاعتراض على أي عمل قبل تمامه . ولأغلبية الشركاء الحق في رفض  
هذا الاعتراض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٤٠ من التقنين العراقي التي تطابق نص  
المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧٠٣ ) .

وتقابل المادة ٥٩٣/٢ و ٣ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

٢ - للمدير أن يتصرف في حدود أغراض الشركة التي نيطت به  
على أن يتقيد في ذلك بنصوص العقد . فان لم تكن فيما جرى به العرف  
التجاري .

٣ - إذا خرج المدير عن نطاق اختصاصه ضمن كل ضرر يلحق  
بالشركة من جراء تصرفه .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي الحالي  
( م ٧٠٢ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٤٨ - ٣٥٠ .

وانظر في اللغة الإسلامية : م ١٣٧٢ و ١٣٧٩ و ١٣٨٦ و ١٣٨٩ من  
المجلة .

#### ( ٣ ) آثار الشركة

##### ( مادة ٤٩٥ )

١ - على الشريك ان يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة  
ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة . الا اذا كان منتديا للإدارة بأجر  
فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل العادي .



قد عدلت هذه المادة في فقرتها بعدد العبارات التي تحللت عن العوائد ، واستعير منها في المعنى الاول بما يعيد الزام الشريك بتعويض الضرر الذي يلحق الشركة من جراء اخذه مبلغا من مال الشركة أو احتجازه ، وفي الفقرة الثانية بما يفيد التزام الشركة بتعويض الضرر الذي يلحق الشريك من جراء مد الشركة من ماله أو اعافه في مصلحةها مسروقات نافعة عن حسن نية وببصر ، وذلك في صورة الحطة التي جرى عليها المشروع في تحريمه للعوائد ، وطبقا للفاعلة الواردة في المادة ٢٢٦ من المشروع التي تنص على أنه : اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النفود وتأخر المدين في اوفاء به ، جاز للمدين ان يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير ، ذلك أن الشريك اذا اخذ مبلغا من مال الشركة أو احتجازه ، وجب عليه أن يدفعه فورا للشركة ، فاذا تأخر في دفعه ألزم بتعويض الضرر الذي يلحق بالشركة بسبب هذا التأخير ، واذا مد الشركة من ماله أو انفق في مصلحتها مسروقات نافعة ، وجب على الشركة أن تدفع له فورا مقدار ما دفعه لها من مال أو ما أنعمه لمصلحتها ، فاذا تأخرت في دفعه التزمت بتعويض الضرر الذي يلحق بالشريك بسبب هذا التأخير .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٦٤٢ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٩٨ من التقنين الاردني التي تنص على أنه : لا يجوز للشريك ان يحتجز لنفسه شيئا من مال الشركة ، فان فعل كسان ضامنا كل ضرر يلحق بها من جراء هذا الاحتجاز .

انظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٥٥ من المجلة ، وهي تتحدث عن حق الشركة في استرداد ما اخذه الشريك من مال الشركة ، وم ١٢٨١ و ١٤١٩ من المجلة ، وهما تحدثان عن حق الشريك في استرداد ما أنعمه لمصلحة الشركة .

( مادة ٤٩٧ )

اذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ، ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولة عن ديون الشركة .

هذه المادة تقابل المادة ٥٢٢ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ، ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى ، ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسئولة عن ديون الشركة .

٢ - وفي كل حال يكون للدائن الشركة حق مطالبة الشركاء ، كل بقدر الحصة التي تخصص له في أرباح الشركة ، .

وقد أدخل على هذه المادة امتعديان الآتيان :

١ - حذفت من الفقرة الأولى عبارة : ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى ، . وذلك انساقا مع ما تقدم تقريره من أن الخسائر التي يتحملها أحد الشركاء يجب ان تكون بنسبة حصته في رأس المال .

٢ - حذفت الفقرة الثانية انساقا مع ما تقدم تقريره من أن الخسائر التي يتحملها أحد الشركاء يجب ان تكون بنسبة حصته في رأس المال .

والمادة المقترحة تعادل المادة ٦٤٢ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٥٢٢ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٥٩٩ من التقنين الاردني .

واستند الشري للمادة المقترحة ما جاء في رد المحتار : « وكل دين ألزم أحدهما كان مشتركا » ( ج ٣ ص ٥٢٢ ) ، وما جاء في الفتاوى الهندية : « ما وجب على أحدهما فلصاحب الدين ان يؤاخذ بكل واحد منهما ، لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر ، » .

( مادة ٤٩٨ )

١ - لا تضامن بين الشركاء ، فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك .

٢ - غير انه اذا عسر أحد الشركاء ، وزعت حصته في الدين على الباقين كل بقدر نصيبه في تحمل الخسارة .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٤ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٤٤ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٩٩/٢ من التقنين الاردني التي تنص على أنه : « اذا اشترط تكافل الشركاء في عقد الشركة فانهم يتحملون الدين جميعا بالتضامن ، » .

أما إذا حصل المد قبل انقضاء الميعاد ، أو قبل الانتهاء من العمل .  
كان ذلك استمرارا للشركة .

٣ - وإذا انقضى الميعاد المعلن أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء ، يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تآلفت لها الشركة . تجدد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها .

٤ - ويجوز لدائن أحد الشركاء ، أن يعترض على هذا الاستمرار أو التجديد ، ويترتب على اعتراضه وقف أثره في حقه .

هذه المادة تماثل المادة ٥٢٦ من النسخين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - تنهى الشركة بانقضاء الميعاد المعلن لها ، أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله .

٢ - فإذا انقضت المدة المعلن أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء ، يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تآلفت لها الشركة . امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها .

٣ - ويجوز لدائن أحد الشركاء ، أن يعترض على هذا الاستمرار . ويترتب على اعتراضه وقف أثره في حقه ، .

وفد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - أضيفت فقرة جديدة ، هي الفقرة الثانية في المادة المقترحة ، لإظهار الفارق بين استمرار الشركة وتجديدها . وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٧١١ من المشروع التمهيدي للنسخين الحالي تجرى بهذا المعنى فنقول : . إذا مد أجل الشركة بعد انقضاء المدة المحددة لها كانت هناك شركة جديدة . أما إذا حصل المد قبل انقضاء المدة المحددة ، كان ذلك استمرارا للشركة الأولى ، . إذ أن مد أجل الشركة بعد انقضاء الميعاد المعلن لها ، أو بعد انتهاء العمل الذي قامت من أجله ، يكون تجديدا صريحا للشركة . أما إذا حصل المد قبل انقضاء الميعاد ، أو قبل الانتهاء من العمل ، فإن هذا يكون امتدادا للشركة .

٢ - جرى إصلاح الخطأ الموجود في الفقرة الثانية من نص النسخين الحالي ، وذلك باستبدال عبارة « تجدد العقد » بعبارة « امتد المد » ، لأن استمرار الشركاء في القيام بعمل من نوع الأعمال التي تآلفت لها الشركة بعد انقضاء الميعاد المعلن أو انتهاء العمل ، يعتبر تجديدا ضمنا للمدد .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للنسخين الحالي ( م ٧٠٨ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٦٠ و ٢٦١ وانظر في الفقه الإسلامي : م ١٢٣٥ و ١٢٣٥ و ١٢٥٦ من المجلة .

#### ( مادة ٤٩٩ )

إذا كان لأحد الشركاء ، دائنون شخصيون ، وليس لهم اثنا ، الشركة أن يتناضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك في رأس المال ، وإنما لهم أن يتناضوا مما يخصه في الأرباح ، أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم أن يتناضوا حقوقهم من نصيب مدينتهم في أموال الشركة بعد استئصال ديونها . ومع ذلك يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظي على نصيب هذا المدين .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٥ من النسخين الحالي .

وتطابق المادة ٦٤٥ من النسخين العثماني .

وتقابل المادة ٦٠٠ من النسخين الإداري التي نص على ما يأتي :

١ - إذا كان أحد الشركاء مدينا لآخر بدين شخصي فليس لدائنه أن يسوفي حقه مما يخص ذلك الشريك في رأس المال قبل تصفية الشركة . ولكن يجوز له استيفاؤه مما يخص المدين من الربح .

٢ - أما إذا كان عقد الشركة يتضمن التكافل بين الشركاء ، فهذه الدائن استيفاؤه من رأس مال الشركة بعد تصفيتها ، .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للنسخين الحالي ( م ٧٠٩ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٦٢ .

والسند الشرعي لهذه المادة هو ما تفرّد من أن للشركة شخصية اعتبارية ، وأن هذه الشخصية تنتهي في الوقت الذي تنم فيه التصفية .

٤ - انقضاء الشركة

#### ( مادة ٥٠٠ )

١ - تنهى الشركة بانقضاء الميعاد المعلن لها ، أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله .

٢ - فإذا مد أجل الشركة بعد انقضاء الميعاد المعلن لها ، أو بعد انتهاء العمل الذي قامت من أجله ، كانت هناك شركة جديدة .

نقلا . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ، الا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على ذلك الحادث .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٨ من التقنين الحال ، مع حذف عبارة « او باعساره » من الفقرة الأولى ، وحذف عبارة « او أعسر » من الفقرة الثانية ، نظرا الى أن المشروع لم يورد تنظيما للاعسار ، على خلاف التقنين الحال ، للاعتبارات التي تقدم ذكرها ( راجع النظرة العامة فيما يتعلق بالوسائل التي تكفل حقوق الدائنين ) .

وتطابق المادة ٦٤٦/د والمادة ٦٤٨ من التقنين العراقي . وتنص في حكمها مع المادة ٦٠٢ من التقنين الاردني .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحال ( م ٧١٠/د و م ٧١٢ ) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٦٦ - ٢٧٠ و ٢٧٧ و ٢٧٨ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٥٢ من المجلة .

#### ( مادة ٥٠٣ )

- ١ - تنتهي الشركة بانسحاب احد الشركاء ، اذا كانت مدتها غير معينة .
- على ان يعلن الشريك اودبه في الانسحاب الى سائر الشركاء ، قبل حصوله .
- ولا يكون انسحابه عن غش او في وقت غير لائق .
- ٢ - وتنتهي كذلك باجماع الشركاء ، على حلها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٩ من التقنين الحال ، مع استبدال كلمة « كذلك » في الفقرة الثانية بكلمة « ايضا » .

وتقابل المادة ٦٤٦/هـ . و من التقنين العراقي التي تنص على أن « تنتهي الشركة باحد الامور الآتية :

- (هـ) بانسحاب احد الشركاء من الشركة اذا كانت مدة الشركة غير محددة . على ان يعلن الشريك ارادته في الانسحاب لسائر الشركاء قبل حصوله بثلاثة اشهر . وعلى الا يكون انسحابه عن غش او في وقت غير مناسب .

(و) باجماع الشركاء على حلها .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحال ( م ٧١٠/هـ و ) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٦ - ٣٧٠ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٥٣ و ١٤٢٤ من المجلة .

٣ - اضيفت الى الفقرة الأخيرة عبارة « او التجديد » ، اذ أن اعتراض احد الشركاء يصح ان يشمل الامتداد أو التجديد .

والمادة المقترحة تنفق في حكمها مع المادة ٦٤٦/ب وب والمادة ٦٤٧ من التقنين العراقي .

وتنص في حكمها مع المادة ٦٠١/١ والمادة ٦٠٢ من التقنين الاردني . انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدى لتفسير احكام ( م ٧١٠/١ و ب و م ٧١١ ) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٥ - ٣٧١ . وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٤٠٧ و ١٤٢٣ من المجلة .

#### ( مادة ٥٠١ )

١ - تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى نائبة في استمرارها .

٢ - وانا كان احد الشركاء ، قد تعهد بأن يقدم حصة شيئا معينا بالنيات وهذه هذا الشيء ، قبل تقديمه ، اصبحت الشركة منحلّة في حق جميع الشركاء .

هذه المادة تطابق المادة ٥٢٧ من التقنين الحال .

وتنطق في حكمها مع المادة ٦٤٦/ج من التقنين العراقي .

وتنطق في حكمها مع المادة ٦٠١/٢ من التقنين الاردني .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدى للتقنين الحال ( م ٧١٠/ج و م ٧١٢ ) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٦٦ - ٣٦٩ و ٣٧٣ و ٣٧٤ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٤٢٧ من المجلة .

#### ( مادة ٥٠٢ )

١ - تنتهي الشركة بموت احد الشركاء ، او بالحجر عليه او بافلاسه

٢ - ومع ذلك يجوز الاتفاق على انه اذا مات احد الشركاء ، تستمر الشركة مع وراثته ، ولو كانوا قهرا .

٣ - ويجوز كذلك الاتفاق على انه اذا مات احد الشركاء ، او حجر عليه او اُفلس او انسحب وفقا لاحكام المادة التالية ، تستمر الشركة فيها بين الباقين من الشركاء . وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك او وراثته الا نصيبه في اموال الشركة ، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذي ادى الى خروجه من الشركة ، ويدفع له

## ٥ - تصفية الشركة وقسمتها

## ( مادة ٥٠٦ )

تم تصفية اموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد . وعند خلوها من حكم خاص تتبع الاحكام الآتية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٥١ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٦٠٦ من التقنين الأردني التي تنص على ان يتم تصفية اموال الشركة وقسمتها بالطريقة التي ارضاها الشركاء ، فإذا لم يتفقوا جاز لأي من اصحاب المصلحة ان يطلب من المحكمة تعيين مصف أو أكثر لاجراء التصفية والقسمة .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧١٦ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٩٠ و ٣٩١ . وانظر في الفقه الاسلامي : م ١١١٤ و ١١٢٠ من المجلة .

## ( مادة ٥٠٧ )

تنتهي عند حل الشركة سلطة المديرين ، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية والى ان تنتهي هذه التصفية .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٣ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٥٢ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكم الشطر الأخير منها مع المادة ١/٦٠٧ من التقنين الأردني التي تنص على ان تبقى للشركة شخصيتها الحكيمة بالقدر اللازم للتصفية .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧١٧ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٩٢ و ٣٩٣ .

والسند الشرعي للنص المقترح ان مدير الشركة بمثابة وكيل ، فإذا مات الموكل انتهت الوكالة .

## ( مادة ٥٠٨ )

١ - يقوم بالتصفية . عند الانقضاء ، اما جميع الشركاء ، واما مصف واحد او أكثر تعينهم الغلبة الشركاء .

٢ - وإذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفي ، تولى القاضي تعيينه بناء على طلب احدهم .

## ( مادة ٥٠٤ )

١ - يجوز للمحكمة ان تقضى بحل الشركة بناء على طلب احد الشركاء ، لعدم وفاء شريك بما تعهد به او لأي سبب آخر لا يرجع الى الشركاء .  
ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا السبب من خطورة تسويع الحل .

٢ - ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٤٩ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٦٠٤ من التقنين الأردني التي تنص على انه يجوز للمحكمة ان تقضى بحل الشركة بناء على طلب احد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به او الحق بالشركة ضررا جوهريا من جراء تولى شئونها .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧١٤ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٨٥ و ٣٨٦ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٥٣ من المجلة .

## ( مادة ٥٠٥ )

١ - يجوز لكل شريك ان يطلب من القضاء الحكم بفصل أي من الشركاء ، يكون وجوده في الشركة قد اثار اعتراضا على مد أجلها او تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سببا مسوغا لحل الشركة ، على ان تقل الشركة قائمة فيما بين الباقيين .

٢ - ويجوز كذلك لأي شريك ، اذا كانت الشركة معينة المدة ، ان يطلب من القضاء اخراجه من الشركة متى استند في ذلك الى اسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقي الشركاء على استمرارها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣١ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٠٥ من التقنين الأردني .

وتطابق فقرتها الأولى المادة ٦٥٠ من التقنين العراقي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧١٥ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٨٨ .

والسند الشرعي للنص المقترح ما تنص عليه المادة ١٩ من المجلة : « لا ضرر ولا ضرار » ، وما تنص عليه المادة ٢٠ من المجلة : « الضرر يزال » .

- ٣ - وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة ، تعين المحكمة المصلى ، وتحدد طريقة التصفية ، بناءً على طلب كل ذي شأن .
- ٤ - وحتى يتم تعيين المصلى يعتبر المديرون بالنسبة الى الغير في حكم المصلين .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٤ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٦٥٣ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكم الفقرة الأخيرة منها مع المادة ٢/٦٠٧ من التقنين الاردني .  
انظر المذكرة الاضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٧١٨ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٩٥ - ٣٩٧ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١١١٤ و ١١٢٠ - ١١٢٢ من المجلة .

( مادة ٥٠٩ )

- ١ - ليس للمصلى ان يبدأ اعمالاً جديدة للشركة ، الا ان تكون لازمة لاتمام اعمال سابقة .

- ٢ - ويجوز له ان يبيع مال الشركة منفذاً او عقاراً ، اما بالزاد واما بالممارسة ، ما لم ينص في امر تعيينه على تقييد هذه السلطة .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٥ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٥٤ من التقنين العراقي ، فيما عدا ان يبيع مال الشركة لا يكون الا بامر اللازم لوفاء الديون في هذا التقنين .  
انظر المذكرة الاضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٧١٩ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٩٨ - ٤٠١ .

( مادة ٥١٠ )

- ١ - تقسم اموال الشركة بين الشركاء جميعاً ، وذلك بعد استئصال الدائنات لحقوقهم ، وبعد استئصال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التي لم تحل أو الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات او القروض التي يكون أحد الشركاء قد باشرها في مصلحة الشركة .

- ٢ - ويختص كل واحد من الشركاء بمبلغ يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال كما هي مبينة في العقد ، او يعادل قيمة هذه الحصة وقت تسليمها اذا لم تبين قيمتها في العقد ، مما لم يكن الشريك قد اقتصر على تقديم عملة او اقتصر فيما قدمه من شيء على حق المنفعة فيه او على مجرد الانتفاع به .

- ٣ - واذا بقي شيء بعد ذلك ، وجبت قسمته بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم في الأرباح .

- ٤ - اما اذا لم يكف صافي مال الشركة للوفاء بخصص الشركاء ، فان الخسارة توزع عليهم جميعاً بنسبة حصة كل منهم في رأس المال .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٦ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « بنسبة حصة كل منهم في رأس المال » في نهاية الفقرة الأخيرة بعبارة « بحسب النسبة الشفقت عليهما في توزيع الخسائر » وذلك اتساقاً مع ما تقدم تقريره من أن توزيع الخسائر على الشركاء يجب ان يكون بنسبة حصة كل منهم في رأس المال .

وتقابل المادة ٦٥٥ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٥٣٦ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادتين ٦٠٨ ، ٦١٠ من التقنين الاردني اللتين تنفغان في الحكم مع المادة ٥٣٦ من التقنين المصري الحالي .

انظر في الفقه الاسلامي : م ١٣٥٤ من المجلة .

( مادة ٥١١ )

تنتم في قسمة اموال الشركة القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٧ من التقنين الحالي ، مع استبدال عبارة « قسمة اموال الشركة » بعبارة « قسمة الشركات » .

وتطابق المادة ٦٥٦ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٦٠٩ من التقنين الاردني ، فيما عدا العبارة الستة في نص التقنين المصري الحالي .

انظر المذكرة الاضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( مادة ٧٢١ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٠٦ .

## الفرع الثاني

### بعض أنواع الشركات

#### نظرة عامة

نظم المشروع ثلاثة أنواع خاصة من الشركات استلها من الفقه الاسلامي ، وهي شركة المضاربة وشركة الأعمال وشركة الوجود ، وذلك لتخليص التعامل مما يشوبه من اوضاع غير شرعية ولواجهة الواقع العمل في مجتمعنا .

الضرب في الأرض بمعنى السبع فيها • فقد قال سبحانه وتعالى :  
 • وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله • • وامطالعنا دفع  
 المال الى من يتصرف به ليكون الربح بينهما على مائتة •

انظر : ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٤ . فتح التقدير ج ٧ ص ٥٨٠ .  
والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٦٠ من التقنين العراقي .  
وتتفق في حكمها مع المادة ٦٢١ من التقنين الأردني .

( مادة ٥١٣ )

يجب ان تتواءم لدى كل من وب المال والمضارب اهله النعرق .

هذه المادة مستحدثة

وقد افقه الاسلام، على مذهب الامام أبي حنيفة نصت المادة ١٤٠٨  
من المحلة انه : تستطاع اهلية وب المال للتزكك والمضارب للوكالة .

ونأخذ من هذا النص أن رب المال يجب أن تتوافر لديه أهلية التصرف ، وهم مااتفقوا مع النص المقترح بالنسبة إلى رب المال . أما أهلية الكافة بالنسبة إلى المضارب ، فقد رؤى ، أنها لا تكفي ، فقد تكون دون أهلية التصرف ، مع أن أعمال الاستثمار التي يباشرها المضارب غالبا ما تكون من أعمال التصرف ، ولذلك سمى النص المقترح بن رب المال والمضارب في اشتراط أهلية التصرف لدى كل منهما .

المادة المقتوحة: تقابل المادة ١/٦٦١ من النسخة العراضية ، وهي تتفق في حكمها مع المادة ١٤٠٨ من المحلة .

وبقائه المادة ١/٦٢٢ من القانون الأردني، وهو، تتفق في حكمها مع المادة ١٤٠٨ من الحالة.

( مادة ٥١٤ )

شروط أن يكون رأس المال مملوكا من النقود ، وأن يكون معلوما  
للطرفين ، وأن يسلم الى المضارب .

• هذه المادة مستحدثة

وهي تمتد الشروط التي يجب توافرها في رأس مال المضاربة ولغا  
لا يقرره الفقه الاسلامي .

فستشترط أن يكون رأس المال في المضاربة مملوفاً من النقود . للأجور  
أن يكون عقارا ، أو من العروض . أو دينا في النعمة . لكن إذا أعطى رب  
المال للمضارب عقارا أو عروضاً ، وعهد إليه ببيعها والمضاربة بشئها ،  
فقبل المضارب وقبض المال وباعه واتخذ من ثمنه النقدي رأس مال ،  
فتكون المضاربة صحيحة . كذلك إذا عهد رب المال إلى المضارب أن يقبض  
الدين الذي له في ذمة شخص معين محددا مقداره لكي يستخدمه بطريق  
المضاربة وقبل ، فتكون المضاربة صحيحة . وهذا ما نصت عليه المادة  
١٤٠٩ من المحلة .

وأولى هذه الشركات وأهمها هي شركة المضاربة التي يساهم فيها رب المال بتقديم رأس المال ويساهم فيها المضارب بالعمل . فهي البديل الشرعي لنظام القرض بفائدة حينما يحتاج صاحب مشروع معين إلى مال لإقامة هذا المشروع والسير فيه . إذ أن ما يجري حالياً هو أن يلجأ صاحب المشروع إلى مصرف أو هيئة أخرى أو أحد الأفراد ، فيحصل منه على قرض ، يبلغ من المال بفائدة يتفق عليها ، وهو ما يعنى التعامل بالربا . والبديل الشرعي لهذا الضرب من التعامل أن تقوم شركة يساهم فيها رب المال ، وهو المصرف أو الهيئة أو أحد الأفراد ، برأس المال ، ويساهم فيها المضارب ، وهو صاحب المشروع ، بعمله ، على أن يقسم الطرفان الربح ينسبة يتفق عليها . وقد انتشرت الآن المصارف الإسلامية بدرجة ملحوظة واتخذت من شركة المضاربة نظاماً شرعياً سواء في علاقتها بأصحاب الرذائع أو في علاقتها بأصحاب المشروعات .

أما شركة الأعمال فبمساهم فيها كل شريك بعمله ، حيث يقوم الشريك بعمل معين لصالح الغير في مقابل أجر معين يقسم بينهم بنسبة يتفق عليها . وهذا النوع من الشركات نواجهه واقعا عمليا . كأن تقوم شركة بفتح عدد من المهنين ، كالأطباء والمهندسين والمحامين والمقاولين . أو تقوم شركة بفتح عدد من الحرفيين ، كأصحاب الصنائع .

أما شركة الوجوه فتقوم على شراء مال نسيئة ثم بيعه واقتسام ما ينشأ عن ذلك مع ربح .

شركة المقاصد

( ۰۱۲ ۰۳۵ )

المضاربة شركة يساهم فيها وب المال براس المال ، ويساهم المضارب بالعمل .

هذه المادة مستعدة كفية النصوص في شركة المضاربة .

ففي شركة التضامنة يقدم أحد الطرفين المال ، ويقدم الطرف الآخر العمل ، ويتقاسمان الربح بنسبة يتفق عليها .

ونصوص المخاربة جميعها مستمدة من الفقه الاسلامي على منذهب  
الامام ابن حنيفة كما سبق القول .

فقد نصت المادة ١٤٠٤ من المحلة على أن : المضاربة نوع شركة على أن رأس المال من طرف والسمي والعمل من الطرف الآخر . ويقال لصاحب رأس المال رب المال وللعامل مضارب . . .

ونصت المادة ٤٣٩ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أن « المضاربة عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب » . وقد جاء في مذكرتها الإيضاحية أن المضاربة لغة من

والإيجار والاستئجار . وله البيع بالنقد أو بالنسيئة للأجل المتعارف بين التجار . وله أن يقبل الحوالة بشئ المال الذي باعه ، وليس له أن يشتري المال بالفن الفاحش ، فإن فعل ذلك عد مشتريا لحسابه فلا يدخل المال في حساب المضاربة . وهذا مانصت عليه المادة ١٤١٤ من المجلة والمواد ٤٤٣ - ٤٤٥ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ( انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المواد . وانظر ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٦ و ٥٠٧ ) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٦٤ من التقنين العراقي . وتتفق في حكمها مع المادة ١/٦٢٥ من التقنين الأردني .

#### ( مادة ٥١٧ )

إذا كانت المضاربة مقيدة ، وجب على المضارب أن يراعى الشرط المتفق عليه ، فإن خالفه كان ضامنا ما يصيب مال المضاربة من هلاك أو تلف وما يلحق رب المال بسبب هذه المخالفة من ضرر .

هذه المادة مستحدثة .

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي .

فإذا كانت المضاربة مقيدة بزمان أو مكان أو نوع معين من أعمال الاستثمار أو غير ذلك من الشروط ، التزم المضارب بمراعاة ما اتفق عليه من قيود . فإذا خالف المضارب الشرط كان ضامنا لما يترتب على هذه المخالفة من ضرر . فإذا وقت رب المال المضاربة بزمان معين ، انتهت المضاربة ببقى هذا الزمان . وإذا نهى رب المال المضارب عن الذهاب بمال المضاربة الى مكان معين ، أو عن البيع بالنسيئة ، فذهب الى هذا المكان أو باع بالنسيئة ، كان ضامنا لما يترتب على هذه المخالفة من ضرر . وهذا ما نصت عليه المواد ١٤٢٠ - ١٤٢٣ من المجلة .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٦٦ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٢٥ / ٢ من التقنين الأردني .

#### ( مادة ٥١٨ )

١ - لا يجوز للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله ولا أن يعطيه للغير مضاربة ، إلا إذا جرى العرف بذلك ، أو فوضت اليه أمور المضاربة بحسب ما يراه .

٢ - ولا يجوز له في أي حال أن يهب مال المضاربة أو يقرضه ولا أن يفترض الى حد يصبح معه الدين أكثر من رأس المال ، إلا باذن صريح من رب المال .

ويشترط أن يكون رأس المال معلوما للطرفين . وهذا ما نصت عليه المادة ١٤١١ من المجلة والمادة ٢/٤٤١ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة . إذ أن رأس المال عنصر جوهري في المضاربة ، فيجب أن يكون مقداره معلوما للطرفين .

ويشترط أن يسلم رأس المال الى المضارب . وهذا ما نصت عليه المادة ١٤١٠ من المجلة . وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة ٤٤١ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، حتى يستطيع المضارب أن يتصرف فيه على النحو المقصود في المضاربة .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٦١/ب من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٢٢٢/٢ من التقنين الأردني .

#### ( مادة ٥١٥ )

يصح أن تكون المضاربة مطلقة ، أو تكون مقيدة بزمان أو مكان أو نوع من الأعمال أو غير ذلك من الشروط .

هذه المادة مستحدثة .

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي .

فقد تكون المضاربة مطلقة ، بحيث لا يقيّد المضارب في ممارسة نشاطه بزمان أو مكان أو نوع معين من أعمال الاستثمار أو غير ذلك من الشروط . وقد تكون مقيدة بشرط من هذا القبيل . وهذا ما نصت عليه ماددتان ١٤٠٦ و ١٤٠٧ من المجلة .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٦٣ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٢٤ من التقنين الأردني .

#### ( مادة ٥١٦ )

إذا كانت المضاربة مطابقة ، كان للمضارب أن يقوم بجميع التصرفات والأعمال التي تقتضيها طبيعة الاستثمار وفقا للعرف السائد في هذا الشأن .

هذه المادة مستحدثة .

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي .

فإذا كانت المضاربة مطلقة ، كان المضارب ماذونا في القيام بجميع ما تقتضيه المضاربة وما يتفرع عنها . فيجوز له البيع والشراء من أجل الربح والتوكيل بالبيع والشراء وإيداع مال المضاربة والرهن والأوتهان

المساواة ويقسم الربح مناصفة بين رب المال والمضارب . . . ونصت المادة ١٤١٧ على أنه : إذا خلط المضارب مال المضاربة بماله فالربح الحاصل يقسم على مقدار رأس المال . يعني أنه يأخذ ربع ماله وربع مال المضاربة يقسم بينه وبين رب المال على الوجه الذي شرطه . .

والمادة المقترحة تتفق في الحكم مع المادتين ١/٦٦٧ و ١/٦٦٨ من التقنين العراقي ، فيما عدا أن هذا التقنين لم يذكر العرف .

وتتفق في الحكم مع المادة ٦٢٧ من التقنين الأردني ، فيما عدا أن هذا التقنين لم يذكر العرف .

#### ( مادة ٥٢٠ )

١ - تجعل رب المال الخسارة وحده . ويقع باطلا كل شرط على خلاف ذلك .

٢ - وإذا نقص مال المضاربة بسبب الخسارة أو التلف ، فإن النقص يجبر من الربح ، فإن جاوز النقص الربح حسب الزائد من رأس المال فلا يضمنه المضارب .

#### هذه المادة مستحدثة .

وحكمها مستمد من الفقه الاسلامي . . فقد نصت المادة ١٤٢٧ من المحلة على أنه : إذا تلف مقدار من مال المضاربة فيجب في أول الأمر من الربح ولا يسرى الى رأس المال . وإذا تجاوز مقدار الربح وسرى الى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة . . ونصت المادة ١٤٢٨ على ما يأتي : : على كل حال يكون القرض والخسارة عائدا الى رب المال . وإذا شرط كد أو مشقة سنة وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط . . ونصت المادة ٤٦٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أن : ما هلك من مال المضاربة يصرف الى الربح ، فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب . .

وبلاحظ أن ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة المقترحة من أن وب المال هو الذي يتحمل الخسارة وحده إنما يقصد به مقدار الخسارة في رأس المال . باعتبار أن رأس المال هو ما يساهم به رب المال في الشركة وأنه يكون من حقه عند انتهاء المضاربة . لهذا الحكم لا يعني أن المضارب لا يتحمل شئنا من الخسارة ، إذ أن ما يخسره هو عمله . ولذلك يقع باطلا كل شرط يتفق فيه على أن يتحمل المضارب حزا من الخسارة في رأس المال . وقد تقدم أن نصيب الشريك في الخسارة يتعين أن يكون بنسبة ما يساهم به في الشركة ( انظر المادة ٤٨٨ من المشروع ) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادتين ٦٧٠ و ٦٧١ من التقنين العراقي .

#### هذه المادة مستحدثة .

وهي مستمدة من الفقه الاسلامي .

فالمضارب ولو كانت المضاربة مطلقة ، لا يجوز له أن يخلط مال المضاربة بماله لكي يستثمره معه ، ولا أن يعطيه للغير مضاربة . غير أنه يستثنى من ذلك أن يكون العرف قد جرى على جواز خلط مال المضاربة بمال المضارب ، أو إعطاء مال المضاربة للغير لاستثماره بطريق المضاربة . كما يستثنى من ذلك أن يكون رب المال قد فوض المضارب في أن يتصرف في أمور المضاربة بحسب رايه ، حيث يجوز للمضارب في هذه الحالة أيضا أن يخلط مال المضاربة بماله . ففي هذين الاستثناءين يعتبر المضارب مأذونا في هذين الأمرين . وهذا ما نصت عليه المادتان ١٤١٥ و ١٤١٦ من المحلة بالنسبة الى المضاربة المطلقة . كما نصت عليه بصفة عامة المادة ٤٤٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة في المتن وفي مذكرتها الايضاحية .

وفي أي حال ، فإن المضارب لا يجوز له أن يهب مال المضاربة أو يقرضه أو يقتض ما يزيد على رأس المال ، ما لم يكن ذلك باذن صريح من رب المال . وهذا ما نصت عليه المادة ١٤١٦ من المحلة بالنسبة الى المضاربة المطلقة . كما نصت عليه بصفة عامة المادة ٤٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة .

وبلاحظ في هذا الصدد أن نصوص المحلة المشار اليها تقصر حكم المادة المقترحة على المضاربة المطلقة ، وهو ما فعله التقنين العراقي في المادة ٦٦٥ منه . ولكن رؤى في المشروع أن منطبق الفكرة يقتضي تعميم الحكم على المضاربة المطلقة والمضاربة المقيدة ، وهو ما فعله التقنين الأردني في المادة ٦٢٦ منه وكذلك المادتان ٤٤٦ و ٤٤٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة .

#### ( مادة ٥١٩ )

١ - يستحق كل من رب المال والمضارب نصيبا في الربح بحسب النسبة المتفق عليها . فإذا لم يعين عقد الشركة حصة كل منهما قسم الربح بحسب ما جرى به العرف . فإن لم يكن هناك عرف قسم الربح مناصفة بينهما .

٢ وإذا جاز للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله ، قسم الربح بنسبة رأس المال ، فيأخذ المضارب ربع ماله ، ويوزع ربع مال المضاربة على الوجه المبين في الفقرة الأولى .

#### هذه المادة مستحدثة .

وحكمها مستمد من الفقه الاسلامي في المادتين ١٤١١ و ١٤١٧ من المحلة ، مع اضافة العرف . فقد جاء في المادة ١٤١١ : : وتعيين حصة العاقلين من الربح جزاء شائعا كالنصف والثلث . لكن اذا عسر بالشركة على الاطلاق كقوله والربح مشترك بيننا ، فيكون مصروفا الى



وتتلق في حكمها مع المادة ٦٢٨ من التقنين الأردني .

#### ( مادة ٥٢١ )

تنتهي المضاربة بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بإتمام العمل الذي قامت من أجله . وتنتهي كذلك بموت أحد المتعاقدين أو الحجر عليه .

هذه المادة مستحدثة .

والسببان الأولان تنتهي بهما الشركة بطريقة طبيعية ، وذلك حين ينقضي الأجل المعين لها أو يتم العمل الذي قامت من أجله .

والسببان الآخران ينقضي بهما القواعد العامة في الشركة .

وقد نص عليها الفقه الإسلامي في المادة ١٤٢٩ من المجلة التي تقول : « إذا مات رب المال أو المضارب أو جن جنونا مطلقاً فنفسخ المضاربة » .

والمادة المقترحة تقابل ما جاء في المادة ٣/١٧٣ من التقنين العراقي التي تقول : « وتنتهي المضاربة كذلك بموت رب المال أو المضارب وبانعدام أهليتهما » .

وتتلق في حكمها مع المادة ٦٣٣ من التقنين الأردني التي تنص على أن : « تنفسخ المضاربة إذا مات أحد المتعاقدين أو جن جنونا مطلقاً أو حجر عليه » .

#### ( مادة ٥٢٢ )

١ - يجوز لكل من المتعاقدين ان ينهي المضاربة اذا كانت مطلقة ، على الا يكون ذلك في وقت غير لائق ، والا ضمن ما يلحق التعاقد الاخر من فتر سبب ذلك .

٢ - ولا يعتبر هذا الانهاء الا من وقت علم التعاقد الاخر به بموجب ائذار رسمي بوجه اليه .

٣ - فاذا انتهت المضاربة على هذا الوجه ، وجب على المضارب ان يمتنع عن التصرف في مال المضاربة ان كان من النقود ، فان كان من غير النقود جاز له بيعه لتحويله الى نقود .

هذه المادة مستحدثة .

ويحكم الفترتين الأولى والثانية منها تطبيق القاعدة العامة التي تقضي بان : « تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء اذا كانت مدتها غير معينة » ، على ان يعلن الشريك ارادته في الانسحاب الى مسائر الشركاء قبل حصوله ، ولا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق ( ١/٥٠٣ ) من المشروع .

اما الفقرة الثالثة فتوجب على المضارب ان يمتنع عن التصرف في مال المضاربة بعد انتهائها اذا كان من النقود . أما اذا كان هذا المال من غير النقود ، فان المضارب يجوز له ان يبيعه لتحويله الى نقود .

وحكم هذه الفقرة مستمد من الفقه الإسلامي . ففي هذا الفقه نصت المادة ٤٢٤ من المجلة على حالة ما اذا انتهى رب المال المضاربة بعزله المضارب فقالت : « اذا عزل رب المال المضارب فليزوم اعلامه بعزله ، فتكون تصرفات المضارب الواقعة معتبرة حتى يفت على العزل ، ولا يجوز له التصرف بالنقود التي في يده بعد وقوفه على العزل ، لكن اذا كان في يده أموال غير النقود فيحذر له ان يبيعها ويبدلها بالنقد » .

والمادة المقترحة تقابل المادتين ٦٧٤ و ٦٧٥ من التقنين العراقي .

وتقابل المادتين ٦٢٩ و ٦٣٠ من التقنين الأردني .

#### ( مادة ٥٢٣ )

١ - على اي وجه كان انتهاء المضاربة ، فانه يجب على المضارب ان يصل بالأعمال التي يداها الى حالة لا تعرض معها أموال المضاربة للخسارة او التلف .

٢ - وفي حالة انتهاء المضاربة بموت المضارب ، يجب على ورثته او نائبهم ان يبادروا الى اخطار رب المال بموت المودن وان يتخلوا من التدايم ما يقتضيه الحال للمحافظة على أموال المضاربة .

هذه المادة مستحدثة .

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ما يجب القيام به من أعمال ، وما يجب التخلي عنها من تدابير المحافظة على أموال المضاربة عند انتهائها . أما كان مسبب هذا الانهاء . اذا انه عند انتهاء المضاربة تصبى الأموال المودعة من حق رب المال . فتكون على المضارب ان يقدم بما يلزم من أعمال للمحافظة على هذه الأموال . واذا انتهت المضاربة بموت المضارب ، كان على ورثته من بعده او نائبهم ان يتخذوا التدابير اللازمة لكفالة هذه المحافظة . وذلك قياساً على ما هو مقر في الوكالة .

اذ اقم ان احكام المضاربة مزيه من احكام الشركة واحكام الوكالة . ولذلك فان الفقه الإسلامي يعتبر المضارب بمثابة وكيل يشارف في الربح . حيث نصت المادة ١٤١٣ من المجلة على ان : « المضارب أمين ، فراس المال فيه . منه في حكم الودعة » ، ومن جهة تصرفه في رأس المال هو وكيل رب المال واذا ربه فيكون شريكاً فيه .

غير ان هذا التصريح ليس دقيقاً ، لان للشركة شخصيتها المستقلة ، والمضارب شريك منتدب للإدارة ، ولم تكن فكرة الشخصية الاعتبارية قد نضجت في الفقه الإسلامي الى الحد الذي تمتد فيه الى الشركة .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٣٨٥ من المجلة في هذا المعنى على ان « شركة الاعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل الاعمال . فالاجيران المشتركان يعقدان الشركة على تعهد والنزاهة العمل الذي يطلب ويكلف من طرف المستأجرين . سواء كانا متساويين او متفاضلين في ضمان العمل . . . » ونصت المادة ٤٣٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة على ان « شركة الصنائع ان يشتركا صاحبها صنعة على تقبل الاعمال ويكون الكسب بينهما على ما شرطا . ولا يلزم اتحاد العمل والمكان » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٧٦ من التقنين العراقي .  
وتتفق في حكمها مع المادة ٦١١ من التقنين الاردني .

#### ( مادة ٥٢٦ )

**الشركاء مسئولون بالتضامن عن ايلاء العمل المتفق عليه لصالح الغير .**

هذه المادة مستحدثة .

وبمقتضاها يسأل الشركاء عن ايلاء العمل المطلوب لصالح الغير . وذلك على سبيل التضامن . فيستطيع الغير ان يطالب أي شريك بانحاز العمل المطلوب .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٣٨٧ من المجلة في هذا الصدد على ان « كل واحد من الشريكتين وكيل الآخر في تقبل العمل . فالعمل الذي تقبله احدهما يكون ايلاء لازما عليه وعلى شريكه ايضا . . . » حيث ان العمل الذي تقبله احد الشريكتين يطلب ايلاء المستأجر من ايهما اراد . وكل واحد من الشريكتين يكون محبوا على ايلاء العمل . . . » ونصت المادة ٤٣٣ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة على ان « تقتضي شركة الصنائع ان يصير كل منهما وكيلاً عن صاحبه وضامناً لما يتقبله » .

والأدق في هذا الصدد ان يعتبر الشركاء مسئولين بالتضامن عن ايلاء العمل المطلوب كما يقول النص المقترح .

واذا كان كذلك شريك ان يتقبل العمل الذي يطلبه الغير . فان هذا لا يكون على اساس ان كل شريك يعتبر وكيلاً عن الآخر . وانما يعني ان كل شريك يعتبر مفوضاً من الآخرين في ادارة الشركة . مادام ان ليس هناك نص خاص على طريقة الادارة ( انظر م ٤٩٤ من المشروع ) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ١/٦١٢ من التقنين الاردني التي تنص على ان « يلتزم كل من الشركاء باداء العمل الذي تتقبله وتمنحه احدهم » .

وتقابل المادة ١/٦٧٧ من التقنين العراقي التي تنص على ان « كل واحد من الشركاء وكيل للآخرين في تقبل العمل ولصاحب العمل ان يطلب ايلاء من أي شريك » .

#### ( مادة ٥٢٤ )

**اذا مات المضارب . وكانت اموال المضاربة موجودة عينا . ودت الاموال الى رب المال . واذا لم توجد هذه الاموال عينا . ولم يتبين حالها . كان حق رب المال ديناً في التركة .**

هذه المادة مستحدثة .

ويرجع حكمها الى انه عند انتهاء المضاربة تكون اموالها من حق رب المال بعد تقسيم الربح . فاذا كانت هذه الاموال موجودة عينا . ردت الى رب المال . واذا لم تكن موجودة عينا فقدت يتبين حالها . كان يثبت الوراثة انها ردت الى رب المال او يثبت انها هلكت اوضاعاً بدون تعد من احد . فاذا لم يتبين حالها على هذا النحو . او اثبت رب المال انها هلكت او ضاعت بتقصير من المضارب . لزم الضمان من التركة .

ويقول الفقه الاسلامي في هذا المعنى في المادة ١٤٣٠ من المجلة انه « اذا مات المضارب مجهلاً . فالضمان في تركته » ( انظر م ٨٠١ و ١٣٥٥ من المجلة ) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع ما جاء في المادة ٦٧٣ من التقنين العراقي في نهايتها من انه « اذا مات المضارب مجهلاً لمال المضاربة فالضمان في تركته » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٣٤ من التقنين الاردني التي تنص على انه « اذا مات المضارب مجهلاً مال المضاربة . يكون حق رب المال ديناً في التركة » .

#### شركة الاعمال

#### ( مادة ٥٢٥ )

**شركة الاعمال شركة يساهم فيها كل شريك بعمل يقوم به لصالح الغير في مقابل اجر يقسم بين الشركاء بحسب النسبة المتفق عليها .**

هذه المادة مستحدثة .

وشركة الاعمال تقوم على المساهمة بعمل من جانب جميع الشركاء . فليس فيها رأس مال . وانما يتقبل الشركاء الاعمال التي يطلبها الغير ويتعهدون بالقيام بها . وذلك في مقابل اجر يلتزم به الغير ويقسم بينهم على ما شرطوه . كما هي الحال في شركة تقوم بين عدد من المهنيين . كالاطباء والمهندسين والمحامين والمقاولين . او تقوم بين عدد من الحرفيين . كاصحاب الصنائع .

## ( مادة ٥٢٧ )

ليس على الشريك ايفاء ما تقبله من العمل بنفسه ، فله ان يعهد به الى آخر من الشركاء او من غيرهم ، الا اذا شرط عليه صاحب العمل ان يقوم به بنفسه .

هذه المادة مستحدثة .

وبمقتضاها يجوز للشريك الذي تقبل العمل ان يقوم به بنفسه ، او ان يعهد به الى شريك غيره او الى شخص آخر من غير الشركاء . غير انه يجب عليه ان يقوم بالعمل بنفسه اذا شرط عليه صاحب العمل ذلك .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٣٨٩ من المجلة في هذا المعنى على انه « لا يجبر احد الشريكين على ايفاء ما تقبله من العمل بالذات بل ان شاء يعمل به او ان شاء يطلبه لشريكه او لآخر . لكن اذا شرط المستأجر عمله بالذات بلزم حينئذ عمله » .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٧٨ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦١٣ من التقنين الاردني .

## ( مادة ٥٢٨ )

يقسم الربح بين الشركاء على الوجه المتفق عليه في العقد دون اعتبار لعدد او نوع العمل الذي يقوم به كل منهم .

وتقسم الخسارة بينهم بنسبة ما يظطلع به كل منهم من عمل .

هذه المادة مستحدثة .

وبمقتضاها يستحق كل شريك نصيبه في الربح على ما شرط دون نظر الى مقدار العمل الذي يقوم به او نوعه ، بل وحتى اذا لم يتم به بالعمل . كما او كان مريضاً او ذهب الى مكان آخر او لم يساهم في العمل لكفاية ما يقوم به وصلاؤه في سبيل انجازه . وينحمل الشريك نصيبه في الخسارة على مقدار ضمان العمل ، اي بنسبة ما يظطلع به من عمل .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٣٩١ من المجلة في هذا المعنى على انه « اذا شرط النسأوى في العمل والتفاضل في الكسب كان جائزاً » . ونصت المادة ١٣٩٢ على ما يأتي : « الشريكان بضمان العمل يستحقان الأجرة . فاذا عمل احد الشريكين وحده والآخر لم يعمل ، كما لو مرض او ذهب الى محل او جلس بطالا ، فيقسم الربح والأجرة بينهما على الوجه الذي شرطاه » .

ونصت المادة ١٣٩٣ على انه « اذا تلف أو نسيب المستأجر فيه بصنع أحد الشريكين فيكون ضامناً بالأشتراك مع الشريك الآخر ، والمستأجر يضمن ماله اياً شاء منهما ويقسم هذا الخسار بين الشريكين على مقدار الضمان . . . »

وحكم المادة المقترحة تطبيق القواعد العامة التي تقضى بانه اذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الربح ، كان نصيب كل منهم بنسبة حصته في رأس المال . اما نصيب كل منهم في الخسارة ، فيتعين ان يكون بنسبة حصته في رأس المال . واذا كانت حصة الشركاء مقصورة على عمله ، وجب ان يقدر نصيبه في الربح تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل . اما نصيبه في الخسارة فهو عمله ( م ٤٧٨ من المشروع ) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المواد ٦٧٩ - ٦٨١ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المواد ٦١٤ - ٦١٦ من التقنين الأردني .

## ( مادة ٥٢٩ )

١ - تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، او باتمام العمل الذي قامت من اجله .

٢ - ويجوز لاي شريك ان ينهي الشركة اذا كانت مدتها غير معينة .

هذه المادة مستحدثة .

وحكمها تطبيق للقاعدة العامة في خصوص انتهاء الشركة . شركة السجوة

## ( مادة ٥٣٠ )

شركة الوجوه عقد يقوم الشركاء بمقتضاه بشراء مال مشترك بينهم نسيته بما لهم من اعتبار ، ثم بيعه واقتسام ما ينشأ عن ذلك من ربح .

هذه المادة مستحدثة .

وشركة الوجوه ليس فيها رأس مال . فهي أقرب ما تكون الى شركة الأعمال . غير ان عمل الشركاء فيها ان يقوموا بشراء مال مشترك بينهم نسيته ثم يبيعونه ويقسمون ما ينشأ عن ذلك من ربح . وهم يشترون المال المشترك نسيته بمالهم من اعتبار ووجاهة ، فهم يشترون بوجوههم ، اي بوجاهتهم وامانتهم ، لأنه لا يشتري بالنسيته الا من كان له وجاهة عند الناس .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٣٣٢ من المجلة في هذا المعنى على انه « اذا لم يكن للشركاء رأس مال وعقدوا الشركة على البيع والشراء نسيته وتقسيم ما يحصل من الربح بينهم فتكون شركة وجوه » . ونصت المادة ٤٣٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على ان « شركة الوجوه ان يشترك رجلان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما » .

٢ - ويجوز لاي شريك ان ينهي الشركة اذا كانت مدتها غير معينة .

هذه المادة مستحذنة .

وحكمها تطبيق للقاعدة العامة في خصوص انتهاء الشركة .

### الفصل الخامس

#### القرض

نظرة عامة في تحريم الربا .

حرم المنبروع الربا . - يقضى ببطلان كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التاجير في الوفاء به ، واعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة ايا كان نوعها اشترطها الدائن اذا ما ثبت ان هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد اداها ولا نفقة مشروعة ( م ٢٣٥ ) . واجاز للدائن ، اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وناخر المدين في الوفاء به ، ان يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير ( م ٢٣٦ ) . ونظم شراكة المضاربة كبديل شرعي للقرض بفائدة عندما يحتاج صاحب مشروع معين الى مال لاقامة المشروع ( م ٥١٢ وما بعدها ) . ويقضى ببطلان كل شرط بزيادة في العوض يؤديها المقرض الى المقرض ( ٥٢٧ ) . واغفل تنظيم موضوع الدخل الدائم ، نظرا الى ان الصورة الغالبة في التطبيق العملي ان يكون المقد الذي يرتب الدخل الدائم هو عند قرض بفائدة . ونحاشي في جميع المواد كل ما يتعلق بالفوائد .

( مادة ٥٣٤ )

القرض عقد تنتقل بمقتضاه ملكية مبلغ من النقود او اى شئ، مثل آخر ، على ان يرد المقرض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته .

هذه المادة تقابل المادة ٥٣٨ من التفتين الحالى التى نص على ان القرض عقد يلتزم به المقرض ان ينقل الى المقرض ملكية مبلغ من النقود او اى شئ، مثل آخر ، على ان يرد اليه المقرض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته .

وقد روعى في تعريف القرض في المادة المقترحة ابراز محل العقد ، وهو العملية القانونية المقصودة من القرض ، وذلك على نسق مايراعيه المنبروع بالنسبة الى جميع العقود . والعملية القانونية المقصودة من القرض هي انتقال ملكية مبلغ من النقود او اى شئ، مثل آخر ، وهي العنصر الجوهرى الذى يجب ان يظهر في تعريف القرض ( انظر النظره العامة التى تقدم ذكرها عن العقد المسماة ) .

وياخذ المشروع في التعريف المقترح بالتصوير الذى يقول به الفقه الاسلامى كما سبق القول ، وهو ان المالك ينتقل بالمقد .

انظر المذكرة الايضاحية لهذه المادة . وانظر فتح القدير ج ٣ ص ٣٠ .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٥٨ من التفتين العراقى . وتتفق في حكمها مع المادة ١/٦١٩ من التفتين الاردنى .

( مادة ٥٣١ )

يضمن الشركاء ، ثمن المال المشترى ، كل بنسبة حصته فيه .

هذه المادة مستحذنة .

وهي تحدد مسئولية الشركاء عن ثمن المال المشترك الذى اشتروه . لكل منهم يضمن الثمن بقدر حصته في هذا المال .

وفي الفقه الاسلامى نصت المادة ١٤٠١ من المجلة في هذا المعنى على ان ضمان ثمن المال المشترى يكون بالنظر الى حصة الشريكين فيه . والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع ما جاء في هذا الصدد في المادة ٦٥٨ من التفتين العراقى .

وتتفق في حكمها مع المادة ٢/٦١٩ من التفتين الاردنى .

( مادة ٥٣٢ )

يقسم الربح والخسارة بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في المال المشترى . ويصح باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

هذه المادة مستحذنة .

وهي توجب ان يكون ما يصيبه كل شريك من الربح وما يتحمله من الخسارة بقدر حصته في المال المشترك للشركة ، بحيث لايجوز الاتفاق على خلاف ذلك .

وفي الفقه الاسلامى نصت المادة ١٤٠٢ من المجلة في هذا المعنى على ان تكون حصة كل واحد من الشريكين في الربح بقدر حصته في المال المشترى ، واذا شرط الى واحد زيادة على حصته في المال المشترى فيكون الشرط لغوا ويقسم الربح بينهما على مقدار حصتهما من المال المشترى . ونصت المادة ١٤٠٣ على ان يقسم الضرر والخسارة في كل حال على مقدار حصة الشريكين في المال المشترى سواء باثرا عقد الشراء بالاتحاد او باثره احدهما وحده . ونصت المادة ٤٣٥ من مشروع تفتين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة على ان يكون الربح في شركة الوجوه لكل شريك بقدر ضمانه في الشئ المشترى . انظر للمذكرة الايضاحية لهذه المادة . وانظر فتح القدير ج ٣ ص ٣١ .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٦٥٩ من التفتين العراقى . وتقابل المادة ٦٢٠ من التفتين الاردنى ، وهي تجيز الاتفاق المخالف .

( مادة ٥٣٣ )

١ - تنتهى الشركة بانقضاء المياد المعين لها ، او باتمام العمل الذى قامت من اجله .

البيع ( م ٤٦٦ مدني ) والنقص الوارد في عقد الهبة ( م ٤٩١ مدني )  
يفضي بان اقراض ملك الغير قابل للإبطال . ومن ثم يكون عقد القرض  
قابلاً للمسح بناء على طلب المقرض اذا لم يف المقرض بالتزامه . بينما  
ذهب رأي آخر الى ان اقراض ملك الغير ينافي على بيع ملك الغير  
فيكون قابلاً للإبطال . وعند الخلاف ليس له مجال في حل احكام المشروع  
اد ان حكم اقراض ملك الغير قد ورد احص عليه تطبيقاً للقاعدة العامة  
فيما يتعلق بالصرف في ملك الغير بدون اذنه .

أضرب في اعمه الاسلامي : العقد الموقوف لكونه صرفاً في ملك الغير  
بدون اذنه . وهو تصرف الفضولي بالمعنى المقصود في هذا الفن : المعنى  
ج : طبعة ثالثة من ٢٠٥ و ٢٠٦ . بدياه اجتهاد . من رند صبيح الحارثي  
ج ٢ ص ١٤٢ و ١٤٤ . عبد الرزاق اسهري . مصادر الحق في المعية  
الاسلامية ج ٤ ص ٢٠٠ - ٢١٢ .

#### ( مادة ٥٣٦ )

- ١ - يجب على المقرض ان يسلم الشيء المقرض الى المقرض . ولا  
يجوز له ان يصابه برد المثل الا عند اسبابها . اعرض .
- ٢ - واذا هلك الشيء قبل تسليمه الى المقرض . لان الهلاك على  
المقرض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٣٦ من القانون الحالي . مع استبدال عبارة  
الشيء المقرض . بعبارة : الشيء موضوع العقد . لسم شبيهة أن  
محل العقد هو الشيء . اذ أن المحل هو انتقال ملكية مبلغ من النقود او  
اي شيء . مثل آخر كما سبق القول .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٤٤ من القانون الكويتي التي نص على  
ما يأتي :

- ١ - يجب على المقرض ان يسلم الشيء موضوع القرض الى  
المقرض وقت تمام العقد . ما لم يتم الاتفاق على تسليمه في وقت آخر .
- ٢ - فاذا هلك الشيء قبل تسليمه كان هلاكه على المقرض .
- وتقابل المادة ٦٨٦ من القانون العراقي التي تنص على ما يأتي :
- ١ - يملك المستقرض العين المقرضه بالقبض . وبثبت في ذمته  
مثلها .

- ٢ - فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض . فلا ضمان على  
المستقرض .

وتقابل المادة ٦٢٧ من القانون الأردني التي تنص على ما يأتي :

- ١ - يتوقف تمام عقد القرض على قبض المال أو الشيء  
المستقرض . وبثبت في ذمة المستقرض مثله .

ولذلك جاء تعريف الفن الاسلامي منصباً على محل العقد . فقد نصت  
المادة ٧٧٩ من مرشد الحيران على أن : القرض هو أن يدفع شخص لآخر  
شيء معلوم من الاعيان المنقولة التي تستهلك بالاستعارة بها ليرد مثلاً .  
ونصت المادة ١/٢٢١ من مشروع قانون الشريعة الاسلامية على مذهب  
الامام ابي حنيفة على أن : القرض عقد برد على دفع مال مثلي لآخر ليرد  
مثله . . . وحسب المادة ١١٨ من مشروع نصي الشريعة الاسلامية على  
مذهب الامام مالك على أن : القرض اعطاء شيء ممنول لنفع المعطى له في  
صير غرس مماثل مؤجل في ذمة المعطى له . . . . . ونصت المادة  
١٥٥ من مشروع قانون الشريعة الاسلامية على مذهب الامام احمد بن حنبل  
على أن : القرض دفع مال ارفاقاً لمن يشفع به ويرد مثله . .

والمادة المقترحة تنفق في جوهر التعريف مع المادة ٦٨٤ من القانون  
العراقي التي تنص على أن : القرض هو أن يدفع شخص لآخر شيئاً  
معلوم من الاعيان المنقولة التي تستهلك بالاستعارة بها ليرد مثلاً . .

وتتفق في جوهر التعريف مع المادة ٦٢٦ من القانون الأردني التي  
نصت على أن : القرض تسليم مال او شيء مثلي لآخر على ان يرد مثله فداً  
وبوعا وصحة الى المقرض عند نهاية مدة القرض . .

وتقابل المادة ٥٤٣ من القانون الكويتي التي تنص على أن : القرض  
عقد يلتزم به المقرض ان يؤدي الى المقرض مبلغاً من النقود او اي شيء  
مثلي آخر على ان يرد اليه مثله بوعا وصحة وفداً . .

#### ( مادة ٥٣٥ )

- ١ - من اقترض ملك غيره بدون اذنه . كان قرضه موقوفاً على اجارة  
المالك . وتبرئ عليه احكام المادتين ٤٤٠ و ٤٤١ .

هذه المادة مستحدثة .

والاحكام الواردة فيها تطبق للقاعدة العامة الواردة في المادتين  
١٢٧ و ١٢٨ / ٣ من المشروع .

وفي هذا التطبيق نقض المادة المقترحة ببيان احكام بيع ملك الغير  
الواردة في المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع . وقد روى ذكر  
الحكم الاساسي في هذه الاحكام . وهو أن يكون القرض موقوفاً على اجارة  
المالك . ثم الاشارة بتطبيق احكام المادتين الباقيتين . وهما المادتان  
٤٤٠ و ٤٤١ . وهما ما تتبعه المشروع بالنسبة الى العقود الاخرى  
التي تنطوي على تصرف في ملك الغير بدون اذنه .

ولم يرد في القانون الحالي نص في هذا الصدد . فقام خلاف في الفن  
حول حكم اقراض ملك الغير . حيث ذهب رأي الى تطبيق القواعد  
العامة . مادام لم يرد في عقد القرض نص مماثل للنص الوارد في عقد

وفي هذا المعنى نصت المادة ٢٢٢ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على ما يأتي : « إذا امرن العرس بشرط يلغو الشرط . وصح الفرض . ولزم المقرض ود من قبل ما فيه » ( انظر ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٢ ) .

ونصت المادة ١١٦ من مشروع نصيب الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يلى : « يمسد عقد الفرض باستعمال نوصه على زيادة تبرطت في العقد أو جرى بها العرف في بلد العقد ، ولا حسم للمقرض في المطالبة بهذه الزيادة مهما طال بقاء رأس المال في ذمته المقرض » ( انظر الشرح الصغير ج ٢ ص ١١٦ ) .

وجاء في المادة ١٦٥ من مشروع نصيب الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل : « من اشترى ثوباً منها في العرس تبرص تحصيل منعه للمقرض . وشرط المقرض ان يوفى المقرض المسمى بها الفرض » ( انظر كتاب الساج ص ١٢٨ و ١٢٩ ) .

ولهذا فان المشروع ، يجرى على حقه في محريم الربا ، اعمل بمصرع التقنين الحالي الذى سجدت من الحوائد في عقد العرس ( ج ٥٢٦ و ٥٢٥ مدنى ) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ١٤٠ من التقنين الأردني الذى تنص على انه « اذا اشترى من عند العرس منعه رابده على مسمى العقد سوى بونيق حق المقرض لها الشرط وصح العقد » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٥٧ من التقنين الكويتي الذى نص على على ما يأتي .

١ - يكون اقراض الافراد بغية فائدة . ويقع باطلا كل شرط يمسى بخلاف ذلك دون مساس بمعد الفرض ذاته .

٢ - ويصير في حكم العائدة كل منعه يشترطها المقرض .

( مادة ٥٢٨ )

اذا استحق الشيء المقرض ، بلا ضمان على المقرض ، الا ان يكون قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، وفي هذه الحالة يفتر القاضى للمقرض تعويضا عادلا عما اصابه من الضرر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤٠ من التقنين الحالي الذى تنص على انه « اذا استحق الشيء ، فان كان المقرض يأجر ميرت أحكام البيع ، والا فاحكام الماوية » .

وقد عدلت هذه المادة باعمال حالة الفرض يأجر ، لان اشتراط الايجر باطل طبقا لحكم المادة السابقة . اذ هو من قبيل الربا المحرم . كما وصى ذكر حكم الاستحقاق في الفرض بدلا من الاحالة على احكام الماوية . وهذا الحكم يتسق مع ما سبق تقريره في الهبة . ( انظر المادة ٤٦٦ من المشروع ) .

٢ - فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المقرض .

انظر المذكرة الايضاحية لنسب المابل في المشروع الشهدى للتقنين الحالي ( ج ٧٢٢ ) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤١٥ - ٤١٧ .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٧٨٠ من مرشد العيران على ما يأتي : « انما تخرج العين المقرضة من ملك المقرض وتدخل في ملك المقرض اذا قبضها . فيثبت في ذمة المقرض مثلها لاعتينها ولو كانت فائقة . فاذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المقرض » .

ونصت المادة ١/٢٢١ من مشروع نصيب الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أن « يملك المقرض العرس بمجرد القبض » .

وعلى خلاف ذلك نصت المادة ١/١٢٠ من مشروع نصيب الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يلى : « يملك المقرض العرس ملكا ما بالعقد ولو لم يقبضه من المقرض » .

وطاهر من النقوص ان الفرض في المشروع ، كما هو في مذهب الإمام مالك ، وفي التقنين الحالي ، وفي التقنين الكويتي ، عند وصاني يتم بمجرد تلامى الايجاب والقبول . اما في التقنين العراقي والتقنين الأردني فانقرض . على غرار المذهب الحنفي . عند عيني لا يمس الا بتسليم الشيء المقرض الى المقرض .

اما عن عدم جواز المطالبة برد المثل الا عند انتهاء الفرض فسنقدم الشرعى ما نصت عليه المادة ١٢١ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك من انه « اذا كان للمقرض أجل مطروب أو مضاد وجب على المقرض رده للمقرض اذا انقضى ذلك الاجل ولو لم ينتفع به . واذا لم يكن له اجل فلا يلزم رده الا بعد ان ينتفع به الانتفاع المضاد » .

( مادة ٥٢٧ )

يقع باطلا كل شرط بزيادة في العوض يؤديها المقرض الى المقرض .

هذه المادة مستحددة .

والفرض منها بطلان كل شرط في عقد الفرض يفرض على المقرض ان يؤدي الى المقرض ما يزيد على الشيء المقرض . ايا كان نوع هذه الزيادة مادامت تنطوي على منفعة للمقرض ، لأنها من الربا المحرم بالاجماع . كان تشترط نواته لبلوغ الفرض . أو يكون الشيء المقرض حنطة . فيشترط رد ما يزيد عليه في مقاديره او رد ما يفضل في نوعه .

١ - إذا ظهر في الشيء عيب واختار المقرض استيفاءه فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشيء معيباً .

٢ - فإذا كان المقرض قد تعمد إخفاء العيب فإنه يكون مسئولاً عما يسببه العيب من ضرر .

وتقابل المادة ٦٤٢ من التقنين الأردني التي تنص على أنه إذا ظهر في المال المقرض عيب خفي فلا يلتزم المقرض إلا برد قيمته معيباً .

وتقابل المادة ٦٨٧ من التقنين العراقي ، وهي تنفق في حكمها مع المادة ٥٤١ من التقنين المصري الحالي .

انظر السند الشرعي للمادة السابقة .

( مادة ٥٤٠ )

ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه . وإذا لم يبين العقد أجلًا للقرض ، اتبع في شأنه حكم المادة ٢٦٠ .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤٢ من التقنين الحالي التي على أن ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه .

وفي المادة المقترحة أضيفت إلى نص التقنين الحالي عبارة « وإذا لم يبين العقد أجلًا للقرض ، اتبع في شأنه حكم المادة ٢٦٠ » وقد كان نص المشروع التمهيدي للتقنين الحالي يتضمن هذه العبارة في المادة ٧٢٩ منه وحذفتها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦١ - ٤٦٢ ) ، ولكن رأى أن من الأفضل إضافتها . وهي تحسم خلافاً في الفقه عند عدم تعيين أجل للقرض فيما إذا كان الرد يصبح واجباً عند أول طلب من المقرض أو عند الميسرة . وظاهر أن الدفع عند الميسرة يعدل في هذه الحالة . إذ الاحالة على المادة ٢٦٠ من المشروع تخول القاضي تعيين ميعاد مناسب لحلول الأجل مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية . ومقتضياً منه رعاية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . وهذا هو الذي يتفق مع الحكمة من القرض وأصل شرعته في الفقه الإسلامي . فالقرض كما تقول المادة ١٥٥ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، « دفع مال أرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله » وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كهدية مرة » ( الترمذ الكبير ص ٣٥٢ . كنشاف القناع ص ١٢٥ و ١٢٦ ) .

والمادة المقترحة تنفق في حكمها مع المادة ٥٤٥ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا استحق الشيء المقرض سرت في ذلك أحكام المعارية » .

وتقابل المادة ٦٤١ من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا استحق المال المقرض وهو قائم في يد المقرض سقط التزامه برده مثله . وله تضمين المقرض ما قد يلحقه من ضرر يسبب هذا الاستحقاق إذا كان سيئ النية » .

وتقابل المادة ٦٨٨ من التقنين العراقي ، وهي تنفق في حكمها مع المادة ٥٤٠ من التقنين المصري الحالي .

والسند الشرعي للمادة المقترحة والمادة التي تليها ما جاء في بداية المجتبه ( من رشد ج ٢ : ص ١٥٢ ) من أن العمود الذي ليس المنصوص منها بالمعاصرة ولا خلاف في أنه لا تأثير للعيب فيها ، والمادة أن الاستحقاق كالعيب في الحكم .

( مادة ٥٣٩ )

١ - إذا ظهر في الشيء المقرض عيب خفي ، واختار المقرض استيفاءه . فلا يلزمه أن يرد إلا قيمته معيباً .

٢ - وإذا كان المقرض قد تعمد إخفاء العيب ، فيكون للمقرض أن يطلب التعويض عما أصابه من الضرر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٤١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١٥ - إذا ظهر في الشيء عيب خفي وكان القرض بغير أجر واختار المقرض استيفاء الشيء . فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشيء معيباً .

٢ - أما إذا كان القرض بأجر ، أو كان بغير أجر ولكن المقرض قد تعمد إخفاء العيب ، فيكون للمقرض أن يطلب إما إصلاح العيب وإما استبدال شيء سليم بالشيء المعيب .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - حذفت من الفقرة الأولى عبارة « وكان القرض بغير أجر » . لأن القرض يجب أن يكون دائماً بغير أجر . فإذا اشترط فيه أجر وقع الشرط باطلاً . لأن الأجر يعتبر ربا محرماً طبقاً لحكم المادة ٥٢٧ كما عدلت هذه الفقرة تعديلاً لفظياً على النحر الوارد في المادة المقترحة .

٢ - حذفت من الفقرة الثانية عبارة « القرض بأجر أو كان بغير أجر » ، لأن القرض يجب أن يكون دائماً بغير أجر .

والمادة المقترحة تنفق مع المادة ٥٤٦ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

وسواء في النص المصروح أو في نص التقنين الحالي ، فإن التعريف يبرز محل العقد ، وهو ما يسمى مع الخطة التي جرى عليها المشروع .  
أذ أن هذا المحل ، وهو العملية التعاونية المقصودة من عقد الصلح ، هو حسم نزاع قائم أو انتفاء نزاع محتمل . وذلك بأن ينزل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه .

والمادة المقترحة تنفق في جوهر التعريف مع المادة ٥٥٢ من التقنين الكسويني .

وتقابل المادة ٦٩٨ من التقنين العراقي التي تنص على أن : الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي .

وتقابل المادة ٦٤٧ من التقنين الاردني . وهي مطابق النص العراقي .  
انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧٢٧ ) في مجموعة الأعمال المسبقة ج ٤ ص ٤٤٠

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٥٣١ - ١٥٢٤ من المجلة ، وم ١٠١٤ من مرشد الحيران ، وم ٨١٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة ، : م ٢٤٧ من مشروع تفسير الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ، وم ٢٥١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك ، وم ٢٤٧ من مشروع تفسير الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعي .

#### ( مادة ٥٤٢ )

يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٠ من التقنين الحالي .

وطابق المادة ٦٩٩ من التقنين العراقي .

ونطابق المادة ٥٥٣ من التقنين الكسويني .

وتقابل المادة ٦٤٨ من التقنين الاردني التي تنص على ما يلي :

١ - يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح .

٢ - وتشترط اهلية البصر اذا تضمن الصلح إسقاط شيء من الحقوق .

انظر المذكرة الايضاحية لهذه المواد في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧٣٨ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤٥ و ٤٤٦

والمادة المقترحة تنفق في حكمها مع المادة ٥٤٨ من التقنين الكسويني التي تنص على ما يأتي :

١ - على المقرض أن يرد المثل عند حلول الأجل المتفق عليه أو بسقوطه .

٢ - فإذا لم يبق على أجل ، أو اتفق على أن يكون الرد عند التقدير أو الميسرة ، عين العاض سبيعا لمساها للرد وفقا لمطروف ، .

وتقابل المادة ٦٤٣ من التقنين الاردني التي تنص على أنه : اذا كان للمقرض أجل فليس للمقرض استرداده قبل حلول الأجل . وان لم يكن له أجل فلا يلتزم المقرض برده الا اذا انقضت مدة يمكنه فيها أن ينفع به الانفاغ المهود في أمثاله .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - يجب على المقرض رد مثل الاعيان المقرضة قديرا ووصفا في الزمان والمكان المتفق عليهما .

٢ - فإذا لم ينفق على الزمان كان المقرض أن يسترده في أي وقت .

٣ - وإذا لم ينفق على المكان كان الرد واجبا في مكان العقد .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ١٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أنه : اذا كان للمقرض أجل مضروب أو مباد وجب على المقرض رده للمقرض اذا انقضى ذلك الأجل ولو أم ينفع به ، وإذا لم يكن له أجل فلا يلزمه رده الا بعد أن يستمع به الانفاغ المعتاد في أمثاله .

ونصت المادة ١٦٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أنه : يثبت غرض القرض في الذمة حالا وان شرط فيه أجل . ( انظر المذكرة الايضاحية لهذا النص ) وفيها أن للمقرض طلب بدل القرض في الحال ) .

وبلاحظ أن المشروع قد اغفل تنظيم الدخل الدائم ، مخالفا في ذلك التقنين الحالي ، وذلك نظرا الى أن الصورة الغالبة في التطبيق العملي أن يكون العقد الذي يرتب الدخل الدائم هو عقد فرض بفائدة .

### الفصل السادس

#### الصلح

١ - اوكان الصلح .

#### ( مادة ٥٤١ )

الصلح عقد يحسم الطرفان بمقتضاه نزاعا قائما أو يتوقيان نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه .

هذه المادة ، فيما عدا اختلاف اعطى بسيط ، تطابق المادة ٥٤٩ من التقنين الحالي التي تنص على أن : الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا . وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه .



والسنة للشرعي للمادة المقترحة ما ندعو اليه الشريعة الاسلامية من وجوب الكتابة لرفع النزاع وملائمة الاضرار التي تنجم عن ضعف ذاكرة الشهود . وذلك في قوله سبحانه و تعالى : « يا ايها الذين امنوا اذا نذايكم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه » .

( ٢ ) آتار الصلح .

( مادة ٥٤٥ )

- ١ - نحسم بالصلح المنازعات التي تنازلها .
- ٢ - ويرتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من انفساد دين نزولا نهائيا .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٢ من التقنين الحالي :

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٥٦ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٧١٢ من التقنين العراقي التي تنص على أنه « اذا تم الصلح ، فلا يجوز لأحد من المتصلحين الرجوع فيه . ويملك المدعى بالصلح بدله وتسقط دعواه » .

وتقابل المادتين ٦٥٥ و ٦٥٦ من التقنين الأردني :

فالمادة ٦٥٥ من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

١ - « يترتب على الصلح انتقال حق المصالح الى البديل المصالح عليه وسقوط حقه الذي كان محل النزاع » .

٢ - « ويكون ملزما لطرفيه ولا يسوغ لأيهما او لورثته من بعده الرجوع فيه » .

والمادة ٦٥٦ تنص على أن « يقتصر أثر الصلح على الحقوق التي تنازلها وحسم الخصومة فيها دون غيرها » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧٤٢ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٥٠ و ٤٥١ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٥٥٦ - ١٥٥٩ من المجلد . و م ١٠٢٢ - ١٠٢٧ من مرشد الحيران . و م ٨٢٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة . و م ٢٦٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل . و م ٢٥٥ و ٢٥٦ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

( مادة ٥٤٦ )

للاصلاح اثر كالمش بالنسبة الى ما تناوله من التحقيق . ويقصر هذا الاثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٤ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٥٥٧ من التقنين الكويتي .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ١٥٢٩ - ١٥٥٥ من المجلد . و م ١٠٢٦ - ١٠٢٢ من مرشد الحيران . و م ٢٤٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل . و م ٢٥٢ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك .

( مادة ٥٤٣ )

لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام . ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي ترتب على الحالة الشخصية . أو التي تنشأ من ارتكاب احدى الجرائم .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥١ من التقنين الحالي . مع تعديل لفظي . حيث تنص على أنه « لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي ترتب على الحالة الشخصية » ، أو التي تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم » .

و قد حذفت من نص التقنين الحالي عبارة « بالحالة الشخصية » ، لأن الحالة الشخصية تدخل في مسائل المتعلقة بالنظام العام .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٢/٧٠٤ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٥٤ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ولكنه يجوز الصلح على الحقوق المالية المترتبة عليها » .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧٣٩ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤٥ و ٤٤٦ .

وانظر في الفقه الاسلامي : م ٨١٨ و ٨٢٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة . و م ٢٥٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك . و م ٢٥٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الشافعي .

( مادة ٥٤٤ )

لا يثبت الصلح الا بالكتابة او بحضور رسمي .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٧١١ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧٤١ ) ومناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤٧ و ٤٤٨ .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٦٠ من التقنين الكويتي .  
انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين  
الحالى ( م ٧٥٢ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦٥

ويلاحظ أن المشروع اغفل نص المادة ٥٥٦ من التقنين الحالى الذى يقضى  
بأنه " لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون " . فهذا النص  
يورد استثناء من القواعد العامة ينقذه الغلط الحديث . وليس هناك  
مبرر معقول للخروج على القواعد العامة فى العلط فى الصلح وجعل  
الغلط فى القانون لا يؤثر فى صحة العقد . وبهذا الاعمال يصبح من  
الجانز الطعن فى الصلح بسبب الغلط . سواء كان غلطاً فى الواقع  
او غلطاً فى القانون ، شأنه فى ذلك شأن أى عقد آخر .

## الباب الثانى

### المعقود الذى ترد على انفعاله

#### الفصل الاول

##### عقد الايجار

##### الفرع الاول

#### الايجار بوجه عام

#### ( ١ ) اركان الايجار

##### ( مادة ٥٤٩ )

الايجار عقد ينفع المستأجر به لقاء أجر .  
معقود .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٨ من التقنين الحالى التى نص على ان  
" الايجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يملك المستأجر من الانتفاع  
بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم " .

وبؤخذ على نص التقنين الحالى أنه يعرف الايجار بالتزام يقع على  
عائق المؤجر . مع أن الالتزام أثر للعقد . ويجب أن ينصب التعريف على  
محل العقد . وهو العملية القانونية المقصودة منه . والعملية القانونية  
المقصودة من الايجار هى انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة . أى حصوله على  
منفعة العين . حيث يرتب عقد الايجار التزامات على عاتق كل من الطرفين .  
وهذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة  
من العقد .

ولهذا جاء التعريف فى المادة المقترحة على نحو يتناول فيه محل العقد  
والعناصر الجوهرية فيه . وهى الشيء المؤجر والأجرة والمدة .

والمادة المقترحة تتفق فى جوهر التعريف مع المادة ٦٥٨ من التقنين  
الأردنى التى تنص على أن " الايجار تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة  
من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم " .

وتقابل المادة ٧١٦ من التقنين العراقى التى تنص على ما يأتى .  
١ - الصلح عن انكار أو سكوت . هو فى حق المدعى معاوضة وفى  
حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة .

٢ - فتجرى الشفعة فى العقار المصالح عليه . ولا تجرى فى العقار  
المصالح عنه .

وتقابل المادة ٣/٦٥٢ من التقنين الاردنى التى تنص على أنه " اذا وقع  
عن انكار أو سكوت فهو فى حق المدعى معاوضة وفى حق المدعى عليه  
امتناء لليمين وقطع للمقصومة " .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى  
للتقنين الحالى ( م ٧٤٤ ) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٥٢ و  
٤٥٤ .

وانظر فى المعنى الاسلامى : م ٨٢١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية  
على مذهب الإمام أبى حنيفة .

##### ( مادة ٥٤٧ )

يجب أن تفسر عبارات النزول التى يتضمنها الصلح تفسيراً صحيحاً .  
وإذا كانت تلك العبارات فإن النزول لا ينصب الا على الحقوق التى كانت  
وحداً بصفة جارية محلاً للنزاع الاى حسمه الصلح .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٥ من التقنين الحالى . مع استبدال كلمة  
" النزول " بكلمة " التنازل " .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٢/٥٥٧ من التقنين الكويتى التى تنص  
على أن " بغير عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً " .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين  
الحالى ( م ٧٤٦ ) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٥٦ .

وحكم المادة المقترحة . وهو يوجب تحرى الدقة فى تحديد الحقوق  
التي حسم الصلح النزاع فى شأنها . بقره الشرع الاسلامى .

#### ٣ - بطلان الصلح

##### ( مادة ٥٤٨ )

١ - الصلح لا ينجزا . وبطلان جزء منه يفضى بطلان العقد كله .

٢ - على أن إذا حكم لا يسرى التبيين من عبارات النزاع . أو من  
الظروف . ان المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها  
عن بعض .

هذه المادة تطابق المادة ٥٥٧ من التقنين الحالى .

وتطابق المادة ٧٢٠ من التقنين العراقى .

الآخر بثلاثين سنة . والحجة في ذلك أن ما زاد على هذه المدة لا يدعو إليه الحاجة لا سيما وأن الأسعار تغير من زمن إلى زمن . وينخرج على هذا التقييد بالنسبة إلى من لا يملك إلا الإدارة من باب الأول (راجع الخنسي لابن قدامة ج ٥ ص ٢٢٤) .

انظر فيما يتعلق بإجازة الوقف المادة ٦٧٠ من مرشد الحيران .

#### ( مادة ٥٥١ )

الإيجار الصادر ممن له حق الانتفاع يكون بعد انقضاء هذا الحق موقوفاً على إجازة المالك . فإذا لم يجزه المالك بطل . وفي هذه الحالة يجب أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل الحصول .

هذه المادة تقابل المادة ٥٦٠ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « الإجازة صادرة ممن له حق الشفعة تنقضي بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة . على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل الحصول السنة » .

وقد عدل نص التقنين الحالي . بحيث إذا صدر الإيجار ممن له حق الانتفاع . ثم انقضى هذا الحق قبل أن ينهي مدة الإيجار . فإن الإيجار في المدة الباقية منه يكون موقوفاً على إجازة المالك . إذا كان الإيجار لا ينقضي بانقضاء حق الانتفاع . وإلا لما صح أن ترد عليه الإجازة . فهو يمثل قائماً ولكنه يكون موقوفاً على إجازة المالك . فإذا إجازته المالك نفذ . وإذا لم يجزه بطل . وفي هذه الحالة لا يجوز اخراج المساجر فوراً . وإنما يجب أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء وأنواعيد اللازمة لنقل الحصول . حيث يلاحظ أن المنتفع فيما يتعلق بالمدة الباقية من الإيجار بعد انقضاء حقه يكون قد تصرف في ملك غيره بدون إذنه . ومن ثم يكون الإيجار في المدة الباقية منه موقوفاً على إجازة المالك .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٥٦٢/١ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « الإيجار الصادر ممن له حق الانتفاع لا يمتد بعد انقضاء هذا الحق في مواجهة مالك الرقبة ما لم يقره » . على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل الحصول القائم ونقله .

وتقابل المادة ٧٢٢ من السمين العراقي التي تطابق المادة ٥٦٠ من التقنين المصري الحالي .

« السند الشرعي للمادة المقترحة هو القاعدة التي تقضي بأن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره إلا بمقدار ما يملك . وقد جرى عليها الفقهاء . والمنتفع فيما يتفق بالمدة الباقية من الإيجار بعد انقضاء حقه يكون قد تصرف في ملك غيره بدون إذنه . انظر في هذا المعنى للتعليق الموجود في مرشد الحيران على المادة ٦٢٦ .

وتقابل المادة ٧٢٢ من السمين العراقي التي تنص على أن « الإيجار تملك بمدة معلومة بعوض معلوم مدة معلومة » . وبه يلزم المؤجر أن يملك المستأجر من الانتفاع بالمأجور .

وتقابل المادة ٥٦١ من التقنين الكويتي التي تنص مع المادة ٥٥٨ من التقنين المصري الحالي .

والتعريف الوارد في المادة المقترحة يتفق في جوهره مع تعريف اللعبة الاسلامي . فقد نصت المادة ٤٠٥ من مجلة على أن « الإجازة بيع المسعة المعلومة في مقابل عوض معلوم » . ونصت المادة ٥٦٤ من مرشد الحيران على أن « عقد الإجازة هو تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصوده من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يسلم أجره » . ونصت المادة ٢٤٠ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أن « الإجازة عقد لتمليك نفع يقصد شرعاً من العين بعوض » . ونصت المادة ٤٦٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على أن « الإجازة عقد على تملك منفعة في نظير عوض بما يدل على التملك » .

#### ( مادة ٥٥٠ )

لا يجوز لمن ليس له إلا الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنين إلا إذا كان ممن يملكه . فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك . انقضت المدة إلى ثلاث سنين . كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره .

هذه المادة تنص في حكمها مع المادة ٥٥٩ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإجازة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة » . فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك . انقضت المدة إلى ثلاث سنوات . كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره .

وقد أدخل على نص التقنين الحالي تعديلات لغوية على النحو الوارد في المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٥٦٢ من التقنين الكويتي .

وتنص في حكمها مع المادة ٧٢٤ من التقنين العراقي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٧٥٥ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٢ و ٤٧٣ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن تقييد سلطة من ليس له إلا الإدارة في التأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنين مما يملكه إلى الأمر تحقيقاً لمصلحة شرعية معتبرة هي المحافظة على حقوق مالك العين المؤجرة . فإذا رأى من ينوب الإدارة أن المصلحة تقتضي التأجير لمدة أطول كان عليه أن يحصل على إذن ممن يملكه .

ويلاحظ أنه في الفقه الاسلامي يرى الشافعي أن المالك ليس له أن يؤجر إلا لمدة معقولة حددتها بعض أصحابه بسنة وحددها البعض

## ( مادة ٥٥٣ )

يجوز أن تكون الأجرة نفودا ، كما يجوز أن تكون أي اداء مالي آخر .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٥٦١ من التقنين الحالي التي تنص على أنه ، يجوز أن تكون الأجرة نفودا ، كما يجوز أن تكون أي مقدمة أخرى ،

وقد عدل هذا النص تعديلا لفظيا ، وذلك باستبدال عبارة « أي اداء مالي آخر ، بعبارة « أي مقدمة أخرى ، »

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٧٣٦ من التقنين العراقي التي تنص على أنه ، يصح أن تكون الأجرة نفودا ، كما يصح أن تكون أي مال آخر ،

وتتفق في حكمها مع المادة ١/٦٦٤ من التقنين الأردني التي تنص على أنه ، يجوز أن يكون بدل الايجار عينا أو دينا أو منفعة وكل ما صلح ثمنا في البيع ،

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٦٤ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه ، يجوز أن تكون الأجرة نفودا ، كما يجوز أن تكون أي مقدمة مالية أخرى ،

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧٥٨ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٦ .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٤٦٣ من المجلة على أن « ما صلح أن يكون بدلا في البيع يصلح أن يكون بدلا في الاجارة » ويجوز أن يكون بدلا في الاجارة الشيء الذي لم يصلح أن يكون ثمنا . مثلا يجوز أن يستأجر بستان في مقابل دابة أو سكنى دار . ونصت المادة ٤٦٤ على أن « بدل الاجارة يكون معلوما بتعيين مقداره ان كان نقدا كتمن المبيع » ونصت المادة ٤٦٥ على أنه « يلزم بيان مقدار بدل الاجارة ووصفه ان كان من العروض أو الكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة ، »

## ( مادة ٥٥٤ )

١ - يشترط أن تكون الأجرة معلومة علما نافيا للجهالة والغرر .

٢ - اذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها ، أو اذا تعدت اثبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجرة المثل .

الفقرة الأولى من هذه المادة مستحذنة . وهي تقرّر الأصل في الحكم والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٥٦٢ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٧٣٨ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٦٥ من التقنين الكويتي .

## ( مادة ٥٥٢ )

من أجر ملك غيره بدون اذنه ، كانت اجازته موقوفة على اجازة المالك ، ويرى عليها احكام المادتين ٤٤٠ و ٤٤١ .

هذه المادة مستحذنة .

ولم يضمن التقنين الحالي نصا في خصوص ايجار ملك الغير ، على خلاف مانص عليه في خصوص بيع ملك الغير الذي اعتبره الشارع في هذا التقين قابلا للإبطال لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك ( م ٤٦٦ مدني ) . وبذلك فالرأي في ظل هذا التقنين هو تطبيق القواعد العامة على ايجار ملك الغير ، ويكون صحيحا فيما بين طرفيه ، ولكنه لا ينفذ في حق المالك .

واحكام المادة المقترحة تطبيق للقاعدة العامة التي اخذ بها المشروع فيما يتعلق بالمعد الموقوف ، وذلك في المادتين ١٢٧ و ٣/١٢٨ من المشروع . فقد نصت المادة ١٢٧ على أن يكون العقد موقوف النفاذ على الاحازة اذا كان تصرفا في ملك الغير بدون اذنه . ونصت المادة ٣/١٢٨ على أنه اذا كان العقد موقوفا لكونه تصرفا في ملك الغير بدون اذنه ، كانت اجازته للمالك .

ومى هذا التطبيق تقضى المادة المقترحة بسيريان احكام بيع ملك الغير الواردة في المواد ٤٣٩ و ٤٤٠ و ٤٤١ من المشروع . وفي ذكر الحكم الأساسي في هذه الاحكام ، وهو أن تكون الاجازة موقوفة على اجازة المالك ، ثم الاشارة بتطبيق احكام المادتين الباقيتين ، وهما المادتان ٤٤٠ و ٤٤١ . هذا هو ما اتبعه المشروع بالنسبة الى العقود الأخرى التي تنطوي على تصرف في ملك الغير بدون اذنه .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٢٥ من التقنين العراقي التي تنص على أن « تنعقد اجارة الفضولي موقوفة على اجازة المالك » فان كان هذا صغيرا أو محجورا ، وكانت الأجرة ليس فيها حبن فاحش ، انعقدت اجارة الفضولي موقوفة على اجازة الولي .

وتقابل المادة ٢/٦٦٠ من التقنين الأردني التي تنص على أن « ينعقد ايجار الفضولي موقوفا على اجازة صاحب حق التصرف بشرائطها المعتبرة » .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي : فقد نصت المادة ٤٤٧ من المجلة على ما يأتي « تنعقد اجارة الفضولي موقوفة على اجازة المتصرف » .

(ج) في المساكن والفرف المؤلثة وفي أي شيء غير ما تقدم اذا كانت الفترة المعينة لدفع الاجرة سهوون او اكثر ، وجب التنبيه قبل نهايتها بشهر . فإذا كان المثل من ذلك ، وجب التنبيه قبل نصفها الاخير .

الفقرة الاولى من هذه المادة مستحذنة . وهي تقرر الاصل في الحكم .

والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٥٦٣ من التقنين الحالي . وتطابق المادة ٧٤١ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٥٦٧ من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :  
١ - اذا عقد الايجار دون تحديد مدة أو عقد لمدة غير معينة أو مقرر اثبات مدته اعتبر الايجار منعقدا للمدة المحددة لدفع الاجرة .

٢ - وينتهي الايجار بانقضاء هذه الفترة اذا تبين أحد المتعاقدين على الآخر بالاخلاء قبل نصفها الاخير على الا يزيد بمقدار التنبيه على ثلاثة اشهر .

وتقابل المادة ٦٧٠ من التقنين الاردني التي تنص على ما يأتي :

« اذا لم تحدد مدة عقد الايجار وقد جرى العرف باجرة معينة لكل وحدة زمنية انعقد لازما على وحدة زمنية واحدة ولكل من الطرفين نسخه في نهايتها . وكما دخلت وحدة اخرى والطرفان ساكتان تجدد العقد لازما عليها .

واذا حدد الطرفان مدة لدفع الاجرة في تلك الحالة اعتبر الايجار منعقدا لتلك المدة وينتهي بانتهائها .

انظر المذكرة الابضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٧٦١ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٢ و ٤٨٣ وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٤٩٤ من المجلة على انه « لو استؤجر عقار شهرته كذا درهم من دون بيان عدد الاشهر يصح العقد لكن عند ختام الشهر الاول لكل من «آجر والمستأجر نسخ الاجارة في اليوم الاول وليتنبه من الشهر الثاني الذي يليه . وأما بعد مضي اليوم الاول وليتنبه فليس لهما ذلك . وان قال أحد العاقدين في أثناء الشهر فسخت الاجارة تنفسخ في نهاية الشهر . وان قال في أثناء الشهر فسخت الاجارة اعتبارا من ابتداء الشهر الآتي تنفسخ عند حلوله . وان كانت قد قبضت اجرة شهرين أو ازيد فليس لأحدهما نسخ اجارة الشهر المفوض أجرته . »

( مادة ٥٥٧ )

اذا كان الايجار مؤبدا ، أو اذا عقد لمدة تزيد على ثلاثين سنة جاز انقضاءه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب أحد المتعاقدين . ومع مراعاة المواثيق القانونية المنصوص عليها في المادة السابقة . ويكون باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك .

هذه المادة مستحذنة .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين الحالي يتضمن نصا مماثلا ( م ٧٦٠ فقره اول ) . ولكن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب حذفته دون ان تشير الى هذا الحذف في تقريرها ، مجموعة

والمادة المقترحة تقابل المادة ٦٦٣ والمادة ٢/٦٦٤ من التقنين الاردني :  
فانادة ٦٦٣ من هذا التقنين تنص على انه « يشترط أن يكون بدل الايجار معلوما وذلك بذكر نوعه ومقداره ان كان من الشفود وبيان نوعه ووصفه وتحديد مقداره ان كان من غير الشفود » .

والمادة ٢/٦٦٤ تنص على انه « اذا كان بدل الايجار مجهولا جاز فسخ الاجارة ولزم أجر المثل عن المدة الماضية قبل الفسخ » .

انظر المذكرة الابضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٧٥٩ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٧٧ و ٤٧٨ .

وينص حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٤٦٢ من المجلة على أن « سداد الاجارة ينشأ بعرضه عن كون البذل مجهولا وبعضه عن فقدان شرائط الصحة الاخرى . ففي الصورة الاولى يلزم أجر المثل بالغاما بلغ . وفي الصورة الثانية يلزم أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الاجر المسمى » . انظر م ٦٩١ من مجلة الأحكام الشرعية .

( مادة ٥٥٥ )

تدبر مدة الايجار من يوم الدين أو العقد . ( اذا لم يبين يوم تاريخ العقد .

هذه المادة مستحذنة .

وهي تتفق مع المادة ٧٣٩ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٦٦٩ من التقنين الاردني .

وتتفق مع المادة ٥٦٦ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكمها مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٤٨٥ من المجلة على أن « ابتداء مدة الاجارة يعتبر من اوقت الذي سمي أي عين وذكر عند العقد » . ونصت المادة ٤٨٦ على انه « ان لم يذكر ابتداء المدة حين العقد يعتبر من وقت العقد » . انظر المادة ٥٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية .

( مادة ٥٥٦ )

١ - يشترط أن تكون مدة الايجار معلومة .

٢ - اذا كان الايجار دون الثاني في مدة أو عقد لمدة غير معينة أو مقرر اثبات مدته المدعاة . اعتبر الايجار منعقدا بالفترة المعينة لدفع الاجرة . وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين اذا هو عليه على المتعاقدين الآخر بالاخلاء في المواعيد الآتية بيانها :

(أ) في الاراضي الزراعية والوراضي البور اذا كانت المدة المعينة لدفع الاجرة سنة اشهر أو اكثر . يكون التنبيه قبل انتهائها بثلاثة اشهر . فاذا كانت المدة اقل من ذلك وجب التنبيه قبل نصفها الاخير . مع مراعاة حق المستأجر في الحصول وفقا للعرف .

(ب) في المنازل والدواوين والمكاتب والتاجر والمصانع والمخازن وما الى ذلك اذا كانت الفترة المدة لدفع الاجرة اربعة اشهر أو اكثر . التنبيه قبل ان بانها بشهرين . ( اذا كانت الفترة اقل من ذلك ، وجب التنبيه قبل نصفها الاخير .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٦٩ من التقنين الكويتي التي تنص على أن « يلتزم المؤجر بتسليم المأجور وملحقاته في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٧٧ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - « على المؤجر تسليم المأجور وتوابعه في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة » .

٢ - « ويتم التسليم بشمكين المستاجر من قبض المأجور دون مانع يموق الانتفاع به مع بقاءه في يده بقاء متصلا حتى تنقضي مدة الإيجار » ، وتبادل المادة ٧٤٢ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

« على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط بمجمله ، ان يسلم المأجور للمستاجر بالحالة التي عليها وقت العقد ، فان كانت قد تغيرت فعله او بفعل غيره تغيرا يخل بالمنفعة المقصودة ، فالمستاجر مخير ان شاء الله قبله وان شاء فسخ الاجارة » .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٧٦٢ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٦ وانظر في الفقه الاسلامي : م ٥٢٣ و ٥٨٢ و ٥٨٤ و ٥٨٥ من الجلة ، المواد ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٧٦ ، ٦٢٤ ، من مجلة الأحكام الشرعية .

#### مادة ٥٥٩

يسرى على الالتزام بتسليم العين الإيجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من احكام ، وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتجديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها .

هذا ، المادة تطابق المادة ٥٦٦ من التقنين الحالي .

وتطابق المادة ٧٤٨ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٧١ من التقنين الكويتي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٨٠ من التقنين الأردني .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٧٦٤ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩١

وانظر في الفقه الاسلامي : م ٧٤٤ و ٧٥٤ و ٥٠٣ و ٥٠٤ و ٥٢١ و ٥٨٤ و ٥٨٥ من الجلة .

وقد جاء في المادة ٦٧٠ من مجلة الأحكام الشرعية أن « بذل العين المؤجرة أي عرضها على المستاجر لاستيفاء نفعها تسلم لها ، ولو امتنع المستاجر من استلامها فلا مانع » .

#### مادة ٥٦٠

١ - « اذا ساءت العين المؤجرة في حالة لا يمكن فيها صالحة لان تلي بالمنفعة المقصودة منها او اذا نقصت هذه المنفعة نقصا كبيرا ، جاز للمستاجر ان يطلب المؤجر باجراء الترميم اللازم للعين او يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة بقدر ما نقص من المنفعة » مع التوفيق في جميع هذه الحالات ان كان له مقتضى »

الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨١ في الهامش ) . فادى هذا الى الفباس على الحكم الذي لا يجوز ان تزيد مدته على سنتين سنة ( م ٩٩٩ مدني ) .

ولذلك رثي النص على الحكم الوارد في المادة المقترحة لسد النقص الموجود في التقنين الحالي .

فلا يجوز ان يكون الإيجار مزيدا . واذا كانت مدة الإيجار تزيد على ثلاثين سنة ، فانه يكون في حكم العقد المؤبد . ومن ثم لا يجوز . اما اذا كانت مدته لا تزيد على ثلاثين سنة : فانه يبقى للقاضي حق التقدير في ضوء الظروف . فقد لا تزيد مدته على ثلاثين سنة : ومع ذلك يستطيع القاضي في ضوء الظروف وما جرى به العرف بالنسبة الى العين المؤجرة ان يعتبره في حكم العقد المؤبد فلا يجوز .

واذا عقد الإيجار لمدة تزيد على الحد الجائز للتوقيت ، سواء عقد لمدة تزيد على ثلاثين سنة او عقد لمدة لا تزيد على هذا الحد ولكن اعتبره القاضي في حكم العقد المؤبد : فانه لا يكون باطلا ، وانما تنقص المدة فيه الى الحد الجائز .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧١٠ فقرة اولى من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٧١ فقرة اولى من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٥٧٣ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٧٦٠ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٢ و ٤٨٣ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ان تمديد مدة الإيجار بما لا يجاوز ثلاثين سنة . ما يملكه ولي الأمر تحقيا لحصلته شرعية معتبرة في المحافظة على حقوق كل من المؤجر والمستاجر .

وفي الفقه الاسلامي يرى الشافعي ان المالك ليس له ان يؤجر الا لمدة معقولة حددتها بعض اصحابه بسنة وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة والحجة له في ذلك ان مازاد على هذه المدة لا تدعو اليه الحاجة لاسباب وان الاسعار تتغير من زمن الى زمن ( راجع الفنى لان قدماه ج ٥ ص ٣٢٤ )

#### ( ٢ ) آثار الإيجار

##### ( مادة ٥٥٨ )

يلتزم الإيجار ان ساء المستاجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بالمنفعة المقصودة منها ، وفما لم يأت عليه الاتفاق في طبيعة العين .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٥٦٤ من التقنين الحالي التي تنص على ان « يلتزم المؤجر ان يسلم العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة ، وفما لم يأت عليه الاتفاق او الطبيعة العين » .

قد استبدلت عبارة « بالمنفعة المقصودة منها » الواردة في المادة المقترحة بعبارة « بما أعدت له من المنفعة » الواردة في نص التقنين الحالي ، تحريفا للغة في التعبير .

## ( مادة ٥٦١ )

١ - على المؤجر ان يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى صالحة لان تفي بالمنفعة المقصودة منها . فيقوم في انشاء الاجارة بجميع الترميمات الضرورية للانتفاع دون الترميمات التاجيرية .

٢ - وعليه ان يجري الاعمال اللازمة للأسطح من تجصيص او بياض . وان يقوم بنزع الآبار والمراحيض ومصارف المياه .

٣ - ويتحمل المؤجر التكاليف والضرائب المستحقة على العين المؤجرة . ويترتب على المياه اذا قعد جزاءها ، فاذا كان يفتقر ، « بالعدد » كان على المستاجر . اما ثمن الكهرباء والغاز وغير ذلك مما هو خاص بالاستعمال الشخصي فيتحمله المستاجر .

٤ - كل هذا ما لم ينص اذ لا زال في العرف بغيره .

الفقرة الاولى من هذه المادة تنفق في حكمها مع الفقرة الاولى من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « على المؤجر ان يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التي سلمت بها ، وان يقوم في انشاء الاجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات « التاجيرية » .

وقد ادخلت على هذه الفقرة التعديلات المطلوبة الآتية :

١ - استبدلت عبارة « تبقى صالحة لان تفي بالمنفعة المقصودة منها » بعبارة « تنبني على الحالة التي سلمت بها » ، لكي يتسق التعبير مع ماورد في المادتين السابقتين .

٢ - استبدلت كلمة « فيقوم » بعبارة « وان يقوم » ، نظرا الى ان قيام المؤجر بجميع الترميمات الضرورية يعتبر نتيجة ترتب على التزامه بالصيانة وليس الرأيا آخر حتى نبدأ بواو المطف .

٣ - اضيفت كلمة « للانتفاع » بعد عبارة « الترميمات الضرورية » ، لكي يوضح التمييز بينها وبين الترميمات الضرورية لحفظ العين المؤجرة .

والفقرتان البانية والثالثة من المادة المقترحة تطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالي .

ام الفقرة الرابعة من المادة المقترحة فتقابل الفقرة الرابعة من المادة ٥٦٧ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « كل هذا ما لم يفسد الانفاق بغيره » . وقد اضيفت عبارة « او العرف » ، بعد كلمة « الاتفاق » لاستكمال الحكم . وقد كانت الفقرة الرابعة من المادة المناقشة في المشروع التمهيدي ( م ٧٦٥ ) تستل على هذه العبارة ، ولكنها حذفت حجة ان المقرر في النص هو ما جرى العرف به ( مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩٥ - ٤٩٧ ) .

والمادة المقترحة تنفق في حكمها مع المادة ١/٧٥٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « على المؤجر اصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور أدى الى اخلال في المنفعة المقصودة منه » .

٢ - فاذا كانت العين المؤجرة في حالة من شأنها ان تعرض صحة المستاجر او من يعيشون معه او مستخدميه او عماله لخطر جسيم ، جاز ادستاجر ان يطلب فسخ العقد ، ولو كان قد سبق له ان نزل تر هذا الحق .

الفقرة الاولى من هذه المادة تنفق في حكمها مع الفقرة الاولى من المادة ٥٦٥ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « اذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي اجرت من أجله او اذا نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ، جاز للمستاجر ان يطلب فسخ العقد او انقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين اذا كان لذلك مفسى » .

وقد ادخل على هذه الفقرة التعديلات الآتية :

١ - اجري تعديل لفظي ، حيث استبدلت عبارة « لان تفي بالمنفعة المقصودة منها » بعبارة « للانتفاع الذي اجرت من أجله » ، واستبدلت كلمة « المنفعة » بكلمة « الانتفاع » . وذلك حتى يتسق التعبير مع ما جاء في المادة المقترحة السابقة .

٢ - اضيف ما يفيد ان للمستاجر الحق في مطالبة المؤجر باجراء الترميم اللازم للعين لاستكمال ما يستطيع المستاجر ان يطالب به . اذ ان للمستاجر اساسا ان يطلب التنفيذ المعنى اذا لم يحصل عنه الى طلب الفسخ او انقاص الأجرة .

اما الفقرة الثالثة من النص المقترح فتطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٦٥ من التقنين الحالي .

والمادة المقترحة تنفق في حكمها مع المادة ٥٧٠ من التقنين الكويتي .

والفقرة الاولى منها تقابل المادتين ٧٤٤ و ٧٤٥ من التقنين العراقي .

والفقرة الثانية منها تطابق المادة ٧٤٩ من التقنين العراقي .

وهي تقابل المادة ٦٧٩ من التقنين الاردني .

انشر المذكرة الاضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي التقنين الحالي ( م ٧٦٣ ) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٨٨ و ٤٨٩ .

وفي الفقه الاسلامي : نصت المادة ٤٧٨ من المجلة على انه « لو فسد الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الأجرة . مثلا لو احتاج الحمام الى التعمير وتعطل في أثناء تعميره تسقط حصة تلك المدة من الأجرة . وكذلك لو انقطع ماء الرحي ومطلت بسقط الأجرة اعتبارا من وقت انقطاع الماء ، ولكن لو انتفع المساجر بغير صورة الطحن من بيت الرحي بزمه اعطاء ما اسبب حصة ذلك الانتفاع من بدل الاجارة » .

٣ - وإذا كانت نفقات الترميمات باهظة لاتتناسب مع الاجرة ،  
يعلى المؤجر من التنفيذ العيني ، ولا يكون للمستأجر الا طلب الفسخ  
او انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتضى .

الفقرة الاولى من هذه المادة تقابل الفقرة الاولى من المادة ٦٨ ،  
من التقنين الحالي التى تنص على ما يأتى : « اذا تأخر المؤجر بعد  
اعذاره عن القيام بتنفيذ الالتزامات المبينة فى المادة السابقة ، حاز  
للمستأجر ان يحصل على ترخيص من القضاء فى اجراء ذلك بنفسه  
وفى استيفاء ما أنفقه استنزالا من الاجرة ، وهذا دون اخلال بحقه فى  
طلب الفسخ او انقاص الاجرة » .

واند ادخل على هذه الفقرة التعديلات الاتيان :

١ - استبدلت عبارة « بتنفيذ الالتزامات المبينة فى المادتين  
٥٥٨ و ٥٦١ بعبارة « بتنفيذ الالتزامات المبينة فى المادة السابقة » .  
وذلك لى يشمل الحكم الاخلال بالالتزام بالنسليم المنصوص عليه فى  
المادة ٥٥٨ من المشروع ، وكذلك الاخلال بالالتزام بالصيانة المنصوص  
عليه فى المادة ٥٦١ من المشروع . وهذا فى الواقع ما تقتضى به  
التواعد العامة فى ظل التقنين الحالي وفى ظل المشروع ، مع اضافة  
حق المستأجر فى ان يستوفى ما أنفقه استنزالا من الاجرة .

٢ - اجريت تعديلات لفظية على النحو الوارد فى المادة المقترحة  
حيث استبدلت كلمة « اذن » بكلمة « ترخيص » ، واستبدلت  
عبارة « فى اجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة بنفسه » بعبارة  
« فى اجراء ذلك بنفسه » ، واستبدلت كلمة « بنفسه » بكلمة « أنفقه » .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق الفقرة الثانية من  
المادة ٥٦٨ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « اذن » بكلمة  
« ترخيص » ، واستبدال كلمة « استنزالا » بكلمة « خصما » .

اما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فمستحددة .

وهى تواجه حالة تكون الاجرة فيها زهيدة نظرا الى حالة العين  
المؤجرة ، او تكون الاجرة محددة بمقتضى تشريع امر ، حيث لا يكون  
من العدل ان يلزم المؤجر بما يلزم من ترميم لاصلاح العين اذا  
كانت نفقات هذا الترميم باهظة بحيث لا تتناسب مع الاجرة ، ومن  
ثم تقتصر حق المستأجر على طلب الفسخ او انقاص الاجرة مع  
التعويض ان كان له مقتضى . وذلك لان النص يفترض ان نفقات  
الترميم تتناسب مع الاجرة ، ان يقتضى بان يكون للمستأجر ان  
يستوفى استنزالا من الاجرة . واتساقا مع حالة العيب فى العين  
المؤجرة ، حيث يشترط فى الزام المؤجر باصلاح العيب الا يكون من  
شأن هذا الاصلاح ان يهلك المؤجر . واتساقا مع جو مفرد فى  
التنفيذ العيني من أنه اذا كان فى هذا التنفيذ اضرار للمدين ، حاز  
للقاضي ان يقصر حق الدائن على دفع تعويض اذا كان ذلك لا يلحق  
به ضررا حسيبا . وهذا المعيار الاقتصادي هو الذى نادى به العلم  
فى الوقت الحاضر .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٥٧٢ من التقنين الكويتى التى تنص  
على ان « يلتزم المؤجر ان يعمد المأجور بالصيانة لبقى فى حالة  
بصلاح معها للانتفاع المقصود بان يقوم فى اثناء مدة الايجار بجميع  
الاصلاحات الضرورية طبقا لما يقتضى به المعروف ، مالم يتم الاتفاق  
على غير » .

وتتفق فى حكمها مع ما جاء فى المادة ١/٦٨١ من التقنين الاردنى  
الذى تنص على ان « يلزم المؤجر ان يقوم باصلاح ما يحدث من خلل  
فى المأجور يؤثر فى استيفاء النفعة المقصودة ... » .

انظر المذكورة الابضاحية لنص المقابل فى المشروع التمهيدى  
للتقنين الحالي ( م ٧٦٥ ) وما ادخل عليه من تعديل فى مجموعة  
الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩٤ - ٤٩٧ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما بقرره الفقه الاسلامى .

فقد نصت المادة ٥٢٩ من المحلة على ان « اعمال الاشياء التى  
تخل بالمنفعة المقصودة عائدة الى الآجر . مثلا تظهير اثرى على  
صاحبها ؛ كذلك تعمير الدار وطرق الماء واصلاح منافذه وانشاء  
الاشياء التى تغل بالسكنى وسائر الامور التى تتعلق بالنساء كلها  
لازمة لى صاحب الدار ، واذا امتنع صاحبها عن اعمال هؤلاء  
للمستأجر ان يخرج منها الا ان يكون حين استئجاره اياها كانت على  
هذا الحال وكان قد رآها ما عتبد يكون قد رضى بالعيب فليس  
له اتخاذ هذا وسيلة للخروج من الدار بعد ، وان عمل هذه الاشياء  
المستأجر منه كانت من قبيل التبرع فليس له طلب ذلك المصروف  
من الآجر » .

ونصت المادة ٥٣٠ على ان « التعميرات التى انشاها المستأجر  
باذن الآجر ان كانت عائدة لاصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل  
كتنظيم الكرميت اى الترميد ، وهو نوع آجر يوضع على السطوح  
لمحافظتها من المطر » فالمستأجر باخذ مصروف مثل هذه التعميرات  
من الآجر وان لم يجر بينهما شرط على اخذه ، وان كانت عائدة  
لنافع المستأجر فقط كعمير الخواصغ فليس للمستأجر اخذ مصروفها  
مالم يذكر شرط اخذه بينهما » .

اشتر كذلك المادة ٦٢٨ من مرشد الحيوان .

#### مادة ٥٦٢

١ - اذا لم يقم المؤجر بعد اعذاره بتنفيذ الالتزامات المبينة  
الى المادتين ٥٥٨ و ٥٦١ ، جاز للمستأجر ان يحصل على اذن من  
القضاء فى اراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة بنفسه وفى استيفاء  
ما أنفقه استنزالا من الاجرة ، وهذا دون اخلال بحقه فى طلب الفسخ  
او انقاص الاجرة .

٢ - ويجوز للمستأجر دون حاجة الى اذن من القضاء ان يقوم  
باجراء الترميمات المستعجلة او الترميمات البسيطة مما يلزم به  
الآجر ، سواء كان العيب موجودا وقت بدء الانتفاع او طرا بعد  
ذلك . اذا لم يقم المؤجر بعد اعذاره بتنفيذ هذا الالتزام فى ميعاد  
مناسب . على ان يستوفى المستأجر ما أنفقه استنزالا من الاجرة .



والفقرتان الأولى والثانية من المادة المقترحة تنفقان في الحكم مع المادة ٥٧٣ من التقنين الكويتي .

المادة المقترحة تقابل المادة ٢/٧٥٠ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « وإذا امتنع المؤجر من الترميم ، كان للمستأجر ان يفسخ الإجارة أو ان يقوم بالترميم بادن المحكمة ، ويرجع على المؤجر بما صرف بالتقدير المعروف » .

وتقابل المادة ٦٨١ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - يرم المؤجر ان يقوم باصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة ، فان لم يفعل جاز للمستأجر فسخ العقد او انحصار على اذن من المحكمة يحوله الاصلاح والرجوع على المؤجر بما انفق والتقدير المتعارف عليه .

٢ - اذا كان الخلل الذي يلزم المؤجر اصلاحه عرفا من الامور البسيطة او المستعجلة التي لا نحتمل التأخير وطالب اليه المستأجر اصلاحه فتأخر او تعذر الاتصال به حاز للمستأجر اصلاحه واقتطاع نفقته بالتقدير المعروف من بدل الإيجار » .

ونظر في الفقه الاسلامي المادتين ٥٢٩ و ٥٣٠ من المجلة التي تقدم ذكرهما تعليقا على المادة السابعة . وانظر كذلك المادة ٦٢٨ من مرشد المحرران .

وتجاء في قواعد بن رجب ( ١٢٧ - ١٢٩ ) ان من انفق على مال غيره لمعلى حقه به كان له الرجوع عليه بما انفق . والرجوع بعد استئذان القاضي . محل اتفاق بين الفقهاء . وكذلك حالة الاستعجال بعد الإضرار .

#### مادة ٥٦٣

١ - اذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكاً كلياً ، انسخ العقد من تلقاء ذاته .

٢ - اما اذا كان هلك العين جزئياً ، او اذا أصبحت العين في حالة لا تصاح معها لان تنفي بالمنفعة المقصودة منها ، او نقصت هذه المنفعة نقصاً كبيراً ، ولم ينل المستأجر من ذلك ، فيجوز له اذا لم يتم اؤجر في ميعاد مناسب باعادة العين الى الحالة التي كانت عليها ، ان يطلب بحدس الاحوال ادا انقاص الأجرة أو فسخ الإيجار ، دون اخلال بما له من حق في ان يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقاً لاحكام المادة السابقة .

٣ - وفي الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة ، تسري احكام الفقرة الثالثة من المادة السابقة . اذا تانت نفقات تجديد العين أو ترميمها بأسطة لا تناسب مع الأجرة .

الفقرة الاولى من هذه المادة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٤٦٩ من التقنين الحالي ، مع تعديل لمعنى باستبدال عبارة « من تلقاء ذاته » بمادة « من تلقاء نفسه » .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٦٩ من التقنين الحالي . مع تعديل لمعنى باستبدال عبارة « لا تصلح معها لا تنفي بالمنفعة المقصودة منها ، او نقصت هذه المنفعة » بعبارة « تصلح معها للانتفاع الذي اجرت من امله » او نقص هذا الانتفاع . . واستبدال عبارة « بحسب الاحوال » بعبارة « تبمسب للظروف » .

وفند حدثت الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٩ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين ان يطلب تعويضاً اذا كان الهلاك أو التلف يرجع الى سبب لا يد المؤجر فيه » . وذلك لانها مجرد تطبيق للقواعد العامة لاحتياج الى نص .

اما الفقرة الثالثة من المادة المقترحة فمستحدثة .

وهي « كما سبق القول في حالتى تسليم العين المؤجرة والترميمات الضرورية للانتفاع بها ، تواجه حالة تكون نفقات تجديد العين أو ترميمها باعطة لا تتناسب مع الأجرة بحيث تؤدي الى ارهاق المؤجر أو تحميله مالا طاقة له به . حيث تسري احكام الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٢ . فعطى المؤجر من التنفيذ العيني . ولا يكون للمستأجر الا طلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض ان كان له مقتضى » .

والفقرة الاولى من المادة المقترحة تطابق الفقرة الاولى من المادة ٧٥١ من التقنين العراقي .

وتقابل الفقرة الاولى من المادة ٥٧٥ من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « اذا هلك المأجور أثناء مدة الإيجار لسبب احبني لا يد لأحد العائدين فيه هلاكاً كلياً ، انفسح العقد من تلقاء نفسه » .

والفقرتان الثانية والثالثة من المادة المقترحة تنفقان في الحكم مع الفقرة الثانية من المادة ٥٧٥ من التقنين الكويتي .

وتقابلان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٧٥١ من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

٢ - اما اذا أصبح في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي أجبر من اجله او نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ، ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك ، جاز له اذا لم يتم المؤجر في ميعاد مناسب باعادة المأجور الى الحالة التي كان عليها ، ان يطلب اما انقاص الأجرة أو فسخ الإجارة .

٣ - ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين ان يطالب تعويضاً اذا كان الهلاك أو التلف يرجع الى سبب لا يد للمؤجر فيه .

وفى الفقه الاسلامي في هذا الصدد نصت المادة ٤٨٥ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على ما يأتي :

« يفسخ عقد الإجارة بتعذر ما تستوفي منه المنفعة ان كان معيناً في انعقد لاستيفائها منه . ويكون على المستأجر من الأجرة نسبة ما استوفاه من المنفعة . واذا زال التعذر قبل انتهاء مدة الاحساس وقبل قيام المسأجر بفسخ العقد ، فلا حق له في فسخه وسقط عنه » .

## ( مادة ٥٦٥ )

١ - على المؤجر أن يمتنع من كل ما من شأنه أن يهدد دون احتياج المستأجر بالعين المؤجرة . ولا يجوز له أن يعذب بالعين أو يملعها أي يبيد بها الانتفاع .

٢ - وبعبارة التعرض الدائم من أحد أرباع الأرض بمساحة مرسى صادر من المؤجر نفسه .

الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٥٧١ من التقنين الحالي .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٥٧١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يلي : « ولا يصدر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه . بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو أضرار مبنية على سبب قانوني يصدر من أي مستأجر آخر أو من أي شخص تلقى الحق عن المؤجر » .

وقد رُئي حذف هذا النص والاقتصار على ما ورد في الفقرة الثانية من المادة المقترحة . فقد اختلف الفقهاء في حالة ما إذا خول المؤجر الغير حقا عينيا أو شخصيا يتعارض مع حق المستأجر ويصحج به عليه . فإن بيع المؤجر العين ، ولا يكون للأجير تاريخ ثابت قبل انتقال الملكية . فيكون للمشتري أن يخرج المستأجر من العين . أو يحول الغير حق ارتفاق من شأنه أن ينقص من انتفاع المستأجر بالعين . أو يرهق العين ومن حيازة فتنتقل حيازتها إلى الدائن المرتهن ، فيحول ذلك دون انتفاع المستأجر بالعين . أو يؤجر العين لمستأجر آخر تكون له الأفضلية على المستأجر الأول . حيث ذهب فريق إلى أن هذا يعتبر تعرضا قانونيا من المؤجر . وذهب فريق آخر إلى اعتبار هذا التعرض تعرضا قانونيا صادرا من المؤجر ومن الغير في وقت واحد . وذهب فريق ثالث إلى أنه في هذه الحالة يوجد نوعان من التعرض ، أحدهما تعرض مادي من المؤجر يقوم على تصرف قانوني ، والآخر تعرض قانوني من الغير ، وكلاهما يضمنه المؤجر .

والواقع أن التعرض في مثل هذه الحالات إنما هو تعرض قانوني من الغير ، وليس من المؤجر . صحيح أن التعرض القانوني الصادر من الغير قد يستند إلى تصرف صادر من المؤجر كما هو الشأن في الحالة التي نحن بصددتها ، ولكن مجرد صدور مثل هذا التصرف من المؤجر لا يكفي لنقول بأن المؤجر قد تعرض تعرضا ماديا أو قانونيا ، لأن التعرض يشترط فيه أن يقع بالفعل ، والذي يحصل عملا لا تتحرك مسؤولية المؤجر إلا حينما يدعى الغير بالفعل أن له حقا يتعارض مع حق المستأجر فيكون بصدده تعرض قانوني من الغير .

وفي ضوء هذا رُئي الاقتصار على ما ورد في الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة ٥٨١ من التقنين الكويتي .

من الاجرة ما يقابل المدة التي تعذر فيها الاستيفاء . وأما إذا كان ما يستوفى منه المنفعة غير معين في العقد ولا يصح عنه الاجارة فتعذر استيفائها منه » .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن المراد بفسخ العقد بتعذر ما يستوفى منه المنفعة أن الفسخ حق للمستأجر لأنه واجب لذاته والمراد بتعذر ما تستوفى منه المنفعة هو تعذر استيفائها منه كأنهدام الدار وتلف الدابة أو المييزة أو السمينة ونحو ذلك من كل مانع يعذر معه استيفاء المنفعة منه .

انظر في هذا : الشرح الصغير وحاشيته ج ٢ ص ٣٠٧ و ٣٠٨ ، والشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ٢٧ .

وجاء في المضي لابن قدامة أنه إذا وقعت الاجارة على عين فتللت المصلحة العقد بتلفها ( ج ٥ ص ٣٥٢ مسألة ٤١٥٣ ) .

## ( مادة ٥٦٤ )

١ - للمؤجر الحق في اجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة ، ولو عارض المستأجر . على أنه إذا ترتب على هذه الترميمات اخلال كل أو جزئي بالانتفاع بالعين ، جاز للمستأجر أن يطلب بحسب الأحوال إما فسخ الإيجار أو انقاص الاجرة .

٢ - ومع ذلك إذا بقي المستأجر في العين المؤجرة إلى أن تسلم الترميمات ، سقط حقه في طلب الفسخ .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٠ من التقنين الحالي . مع تعديل لفظي ، وذلك باستبدال عبارة « للمؤجر الحق في اجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة » ، ولو عارض المستأجر ، بعبارة « لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من اجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة » ، وباستبدال عبارة « بحسب الأحوال » بعبارة « تبعا للظروف » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٧٥٢ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٧٤ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين الحالي ( م ٧٦٨ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٠٤ .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما بقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٦٣١ من مرسد البحرين على أنه « إذا احدثت الدار المستأجرة لعامة ضرورة لصيانتها فلا يمنع المستأجر المؤجر من إصلاحها » . فإن ترتب على العمارة ما يضر بالسكنى أو يخل بالمنفعة ، فالمستأجر بالخيار بين الفسخ وعدمه » .

والمادة المقترحة تنفق مع المادة ٥٧٨ من التقنين الكويتي النص على أنه « لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من الغير إلا إذا كان مبنياً على سبب قانوني » .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن عقد الإيجار يقتضي نقل ملكة المنفعة إلى المستأجر . فإذا ادعى الغير حقاً ينافي مقتضى عقد الإيجار . ضمن المؤجر هذا التعرض . وهذا يتفق مع قواعد الشرع في باب الضمان بالتسبب .

( مادة ٥٦٧ )

١ - إذا ادعى الغير حقاً يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار . وجب على المسأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بذلك . وله أن يخرج من الدعوى . وفي هذه الحالة لا توجه الاجراءات إلا إلى المؤجر .

٢ - إذا ترتب على هذا الادعاء أن حرم المسأجر فعلاً من الانتفاع الذي له به وجب عقد الإيجار . جاز له بحسب الأحوال أن يطلب الفسخ أو انقاص الأجرة مع التعويض أن كان له مقتضى .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٢ من التقنين الحالي ، مع استبدال كلمة « الفسخ » في صدر الفقرة الأولى بكلمة « اجنبى » . واستبدال عبارة « بحسب الأحوال » في الفقرة الثانية بعبارة « تبعاً للظروف » .

ونطاق المادة ٧٥٤ من التقنين العراقي فيما عدا الكلمة التي تم استبدالها .

ونطاق المادة ٥٧٧ من التقنين الكويتي ، فيما عدا أن هذا التقنين لا ينص على خروج المسأجر من الدعوى ونوجيه الاجراءات إلى المؤجر .

والفقرة الثانية فيها تنفق في حكمها مع المادة ٦٨٥ من التقنين الأردني .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( ٧٧١ م ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٠٩ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة أن وجوب الإخطار على المسأجر وما يؤدي إليه من تدخل المؤجر في الدعوى من شأنه أن يكفل المحافظة على مصالح الطرفين . فهو حكم تقتضيه القواعد الشرعية .

( مادة ٥٦٨ )

١ - لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من الغير من الغير مادام التعرض لا يدعى حقاً ، ولكن هذا لا يخل بما للمستأجر من الحق في أن يرفع باسمه كل التعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى الحازة .

والفقرة الأولى منها تنفق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٧٥٣ من التقنين العراقي .

وتنطق في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة ٦٨٤ من التقنين الأردني .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تماثل الفقرة الثانية من المادة ٧٥٣ من التقنين العراقي . وهذه تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٧١ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٦٨٤ من التقنين الأردني . وهذه تطابق الفقرة الثانية من المادة ٥٧١ من التقنين الحالي .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع ما بقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٦٣٢ من مرشد الحبران على أنه « لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للتعرض في استغاثته المنفعة مدة الاحالة » . ولا أن يحدث في العين المؤجرة تعديلاً يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المستودعة عليها .

كما نصت المادة ٦٣٣ على أنه « إذا سلم المؤجر جميع الدار للمستأجر، ثم تعرض له ونزع منها بيتاً من بيوتها رفع عن المسأجر من الأجر بقدر حصته » .

وكذلك الحكم إذا شغل المؤجر بمناخه بيتاً من الدار المستأجرة فإن حصته تسقط من الأجرة السمتة » .

انظر أيضاً المادة ٦٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية .

أما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فيستند إلى قواعد الشرع في باب الضمان باعتبار أن انشاع المؤجر يكونون في وضع يجعل أفعالهم منسوبة إلى المؤجر .

( مادة ٥٦٦ )

يضمن المؤجر التعرض الصادر من الغير إذا كان مبنياً على سبب قانوني .

هذه المادة مستحدثة .

وقد رتب إيرادها عقب المادة السابقة التي تتناول ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي . إذ أن التقنين الحالي نص بطريقة مباشرة على ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي ( م ٥٧١ مدني ) . وعدم ضمانه للتعرض المادي الصادر من الغير ( م ٥٧٥ مدني ) ، بينما تناول بطريقة غير مباشرة التعرض الصادر من الغير المنبثق على سبب قانوني ( م ٥٧٢ مدني ) .

وقد راعى المشروع في ترتيب المواد أن يبدأ بالنص على ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي . ثم ضمانه التعرض الصادر من الغير المنبثق على سبب قانوني . ثم عدم ضمانه للتعرض المادي الصادر من الغير . وبمسند ذلك يتناول بعض صور التعرض .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٣ من القانون الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة ، فضل من سبق منهم الى وضع يده عليها دون غش ، فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عنده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر ، أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره ، فإنه هو الذي يحصل .

٢ - فإذا لم يوجد سبب لتفصيل أحد المستأجرين ، فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض .

وقد عدت ، معبرة الأولى من هذه المادة على المعنى الوارد في المادة المرحلة ، وذلك على خلاف ما يفهم به الفواعل العامة . فهذه الفواعل تفهم بأن الدائنين متساوون بصرف النظر عن تواريخ نسو ، حقهم . إذ المستأجر دائن عادي ، ولا يمدح في هذه المساواة أن يكون عند أحدهم نائب التاريخ . ومن ثم فطبقاً لهذه الفواعل يكون الأفضلية للدائن الذي يسبق الى استيفاء دينه . أي بتفصيل المستأجر الذي يسبق الى وضع يده على العين المؤجرة قبل غيره .

ولكن رؤى النص على ما يحاط هذه الفواعل بتفصيل المستأجر الذي يسبق الى إثبات تاريخ عنده ، لأن المستأجر الذي يسبق غيره في إبرام الإيجار يكون قد سلك المنفعة ، وبذلك يكون الإيجار الصادر بعد ذلك من المؤجر تصرفاً في ملك الغير .

وفي نصوص الفقه الإسلامي ما يدعو الى الأخذ بهذا الحل . فقد نصت المادة ٥٨٩ من المجلة في هذا الصدد على أنه : " لا أجر أحد ماله على مدة معلومة لأخر باجارة لازمة ثم أجرة أيضاً تلك المدة تكراراً لغيره لا يتعد ولا سفد الاجارة الثانية ولا يعتبر " .

انظر أيضاً المادة ٥٨٨ من مجلة الأحكام الشرعية .

#### ( مادة ٥٧٠ )

إذا تروى على عزل من جز حكومية ، ولو في حدود القانون ، دون كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة ، جاء للوزير : " حسب الاجراء ان يطلب لمدى العقد أو انقضاء الاجرة ، ما لم يكن عمل الجهة الحكومية بسبب يرجح إليه . " وأنه ان يغالب المؤجر بالتعويض اذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٤ من القانون الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا تروى على عزل من جهة حكومية في حدود القانون نص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر نفعاً للظروف ان يطلب العقد و انقضاء الاجرة ، وأنه ان يغالب المؤجر بتعويضه اذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه : كل هذا ما لم يقتض الاتفاق بعينه .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - " ادخلت عبارة " وزير في حدود القانون " بعبارة " في حدود القانون " . لكن يتضح أن الحكم واحد سواء كان عمل الجهة الحكومية . وانفاً لقانون أو مخالفاً له .

٢ - " بل أنه اذا وقع التروى بسبب يده للمستأجر فيه ، وكان هذا التروى من الجماعة بحيث يحرم المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . جاز له بحسب الاحوال ان يطلب فسخ العقد أو انقضاء الاجرة .

هذه المادة تطابق المادة ٥٧٥ من القانون الحالي . مع استبدال عبارة " دعاوى الحيابة " في الفقرة الأولى بعبارة " دعاوى وضع اليد " . واستبدال عبارة " بحسب الاحوال " في الفقرة الثانية بعبارة " تبعاً للظروف " .

وتنق مع حكمها مع المادة ٥٧٩ من القانون الكويتي .

وتقابل المادة ٧٥٥ من القانون العراقي التي تنص على ما يأتي :

١ - اذا نصب المجاور ولم يمكن المستأجر من رفع يد الغاصب ، جاز له ان يطلب مسح العقد أو انقضاء الاجرة .

٢ - فإذا نصرت في رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكناً له ، ولم يذخر المؤجر بوفوق الغصب ، فلا تسقط عنه الاجرة . ولا ان يرفع على الغاصب الدعوى بالتعويض .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع السهيد للتقنين الحالي ( م ٧٧٤ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥١٦ - ٥١٨

وحكم المادة المقترحة يتفق مع ما يفرضه الفقه الإسلامي .

بعد نصت المادة ٦٣٤ من مشروع القانون على أنه : " اذا عرض في مدة الاجارة ما يسمع من الانتفاع بالعين المؤجرة ، بأن غصبت الدار المستأجرة منه ولم يتمكن بأي وسيلة كانت من رفع يد الغاصب ، سقطت الاجرة عن المستأجر ، ولو عرض ذلك في بعض المدة سقطت الاجرة ببقية " . ونصت المادة ٦٣٥ على أنه : " اذا قصر المستأجر في رفع يد الغاصب ، وكان ذلك ممكناً ، فلا تسقط عنه الاجرة ، ولو أمكنه ذلك باتفاق مال لا يلزمه ذلك وتسقط عنه الاجرة " .

ونصت المادة ٢٥٤ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على أنه : " يسقط الاجر في الاجارة بالغصب ان قامت المنفعة " . وجاء في المذكرة الايضاحية لهذه المادة ان الاجارة على قول تنفسح بالغصب ، فإذا زال الغصب قبل انقضاء المدة فلا يستوفى المستأجر ما بقي من المدة ولا أجر عليه . وعلى قول آخر انها لا تنفسح بالغصب ، فإذا زال الغصب قبل انقضاء المدة استوفى المستأجر ما بقي من المدة وعليه الاجر بحسبه .

انظر أيضاً المادة ٥٦٥ من مجلة الأحكام الشرعية .

#### ( مادة ٥٦٩ )

١ - إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة ، فضل من سبق منهم الى إثبات تاريخ عنده . فإذا لم يكن عقد أي منهم ثابت التاريخ ، فضل من سبق الى وضع يده وهو حسن النية .

٢ - وإذا لم يوجد سبب لتفصيل أحد المستأجرين ، فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض .

وتقابل المادة ٦٨٩ من التقنين الأردني الى تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٥٨٤ من التقنين الكويتي التي تنص في حكمها مع المادة ٥٧٨ من التقنين المصري الحالي .

وقد رُئي الأخذ في المادة المقترحة بما يخالف ما هو مستقر في الفقه من جواز الاتفاق على زيادة ضمان التعرض أو انقاصه أو إسقاطه على نحو يكون الحكم فيه مطلقاً . فلا يجوز الاتفاق على زيادة ضمان التعرض . ولا يجوز الاتفاق على انقاص هذا الضمان أو إسقاطه ، سواء تعمد المؤجر إخفاء سبب التعرض أو لم يتعمد ذلك . ويكون المؤجر مسئولاً عن أي تعرض سواء نشأ هذا التعرض من فعله أو نشأ من فعل الغير وكان مبنياً على سبب قانوني . وسواء كان المستأجر يعلم وقت الإيجار سبب التعرض أو لا يعلمه .

وذلك على نسق ما أخذ به المشروع في البيع في المادة ٤١٣ . وانساقاً مع ما قرره المشروع في المادة ٢٢٩ منه التي تنص على ما يأتي :

- ١ - لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة العوة الفاعرة .
- ٢ - وكذلك لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى .

وقد رأينا أن ما جاء في المادة ٢٢٩ من المشروع روعي فيه مبدأ أساسى في الشريعة الإسلامية ، هو ما جاء في الآية الكريمة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدماً على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه مقدماً على زيادة مسؤولية المدين والإعفاء منها .

وهذا المبدأ الشرعي هو الذي روعي أيضاً في حكم المادة المقترحة . كما سبق أن روعي في البيع ( أنظر تفصيلاً لذلك في المذكرة الإيضاحية للمادة ٤١٣ من المشروع ) .

وما تقضى به الفقره الثانية من المادة المقترحة يتفق مع القواعد العامة . فلا يمنع علم المستأجر بسبب التعرض من وجوب الضمان على المؤجر . إذ أن المستأجر قد يعتقد أن المؤجر سيدفع تعرض الغير الذي يدعى حقاً يتعارض مع حق المستأجر . فإذا لم يتحقق ما يعتقد المستأجر . رجع بضمان التعرض على المؤجر .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامى في خدوس البيع ( ٤٢٢ م و ٤٩٤ ) من مرشد الحيران . وقياساً على ذلك جاء حكم المادة المقترحة ، إذ أن الإيجار في حقيقته ينطوى على بيع للمنفعة ، وهو ما يقول به الفقه الإسلامى .

هذا ، وفي نصوص الفقه الإسلامى ما ينهى جواز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان . فقد جاء في المفتى لابن قدامة ( ج ٥ ص ٣٩٦ مسألة ٤٢٣٠ ) ما يأتي : « فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان المدين فالشرط فاسد : لأنه يناقض مقتضى العقد ، ولأن ما لا يجب ضمانه لا يصير الشرط مضروباً . وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه » .

كما نصت المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « المستأجر أمين فيما وضع يده عليه بمقد

٢ - أضيف ما يفيد أن المستأجر لا يحق له أن يطلب نسخ العقد أو انقاص الأجرة إذا كان عمل الجهة الحكومية بسبب يرجع إليه .

٣ - استبدلت عبارة « بحسب الأحوال » بعبارة « تبعاً للطروف » ، واستبدلت كلمة « بالتعويض » بكلمة « بتعويضه » .

٤ - حذفت العبارة الأخيرة التي تقول : « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » . وذلك لأن المشروع لا يجيز الاتفاق على ما يخالف أحكام ضمان التعرض .

وحكم المادة المقترحة فيما يتعلق بحق المستأجر في طلب النسخ أو انقاص الأجرة يتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامى إذا عرض ما يمنع من الانتفاع بالمعين المؤجره . كما هو الحال إذا غصبت العين : حيث تستعمل الأجرة عن المستأجر خلال المدة التي يقوم فيها هذا العارض . كما يجوز به أن يطلب النسخ : انظر في هذا : المادتين ٦٣٤ و ٦٣٥ من مرشد الحيران والمادة ٢٥٤ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام ابن حنيفة ، وما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة الأخيرة . وقد تقدم ذكر كل ذلك .

أما إعفاء حق المستأجر في طلب النسخ أو انقاص الأجرة إذا كان عمل الجهة الحكومية بسبب يرجع إليه ، ونبوت حقه في طلب التعويض من المؤجر إذا كان عمل الجهة الحكومية بسبب يسأل عنه المؤجر : يتفق مع قواعد الشرع في باب الضمان بالنسب .

وانظر أيضاً المادة ٥٥١ من مجلة الأحكام الشرعية .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٤٨٦ من التقنين الكويتي التي تنص في حكمها مع المادة ٥٧٤ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٦٩٨ من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا صدر عن السلطات المختصة ما يمنع الانتفاع الكلى بالمأجور دون سبب من المستأجر تنفسخ الاجارة وتسقط الأجرة من وقت المنع .

٢ - وإذا كان المنع يحل برفع بعض المأجور بصورة مؤقتة أو استثناء المنفعة المقصودة للمستأجر نسخ العقد ويسقط عنه الأجر من وقت نشأه بعلام المؤجر » .

( مادة ٥٧١ )

١ - لا يجوز إعفاء المدين أن يتفقا على زيادة ضمان التعرض أو انقاصه أو إسقاطه .

٢ - ولا يمنع علم المستأجر بسبب التعرض من وجوب الضمان على المؤجر .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٨ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

« يقع باطلاً كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو الإعفاء إذا كان المؤجر قد أخفى عن غيره سبب هذا الضمان » .

وتقابل المادة ٧٥٩ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٥٧٨ من التقنين المصري الحالي .

وسبق في حكمها مع المادة ٦٨٦ من التقنين الأردني . فيما ١ -  
ان هذا التقنين لا ينص على مسئولية المؤجر عن خلو العين من صفات  
تعهد بتوافرها أو خلوها من صفات يفتضيها الانقاع بها .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٨٢ من التقنين المصري . فيما ٢ -  
ان هذا التقنين لا ينص على مسئولية المؤجر عن خلو العين من صفات  
تعهد بتوافرها أو خلوها من صفات يفتضيها الانقاع بها .

انظر المذكرة الايضاحية لمصوص اضافة في مشروع التمهيدى  
للتقنين الحالي ( م ٧٧٥ و ٧٧٦ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية  
ج ٤ ص ٥٢٠ و ٥٢١ .

وفي العمه الاسلامي في خصوص العيب نصت المادة ٥١٣ من المجله  
على انه « في الاجارة ايضا خيار العيب كما في البيع » . ونصت  
المادة ٥١٤ على ان « العيب الموجب للخيار في الاجارة هو ما يحد  
سببا لغوات المستأجر المقصودة بالكلية واخلالها » . ونصت  
المادة ٥١٥ على انه « لو حدث في المأجور عيب قبل اتمام المدة  
فانه كالوجود في وقت العقد » .

وانظر كذلك : م ٦٢٩ و ٦٣٠ من مرشد الحيران ، وم ٦٨٢ - ٦٨٧ من  
مجلة الاحكام الشرعية .

#### ( مادة ٥٧٣ )

١ - اذا وجد بالعين اربث عيب يستحق معه الفسخ ، جاز  
للمستأجر ان يطلب اصلاح العيب او ان يقوم هو باصلاحه على نفقه  
المؤجر ، وفقا لاحكام المادة ٥٦٢ . وذلك دون اخلال بحق المستأجر  
في طلب فسخ العقد او انقاص الاجرة . مع التفويض ان كان له  
مقتضى .

٢ - واذا لحق المستأجر ضرر من العيب انتمز المؤجر بعوضه .  
ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب .

٣ - واذا كانت نفقات اصلاح العيب باهظة لا تتناسب مع  
الاجرة ، سرت اعدام الفقرة السادسة من المادة ٥٦٢ .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٧ من التقنين الحالي الذي نص في  
ما بالي :

١ - اذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان ، جاز  
للمستأجر فيما للظروف ان يطلب فسخ العقد او اتمام اجرة .  
وله كذلك ان يطلب اصلاح العيب او ان يقوم هو باصلاحه على نفقه  
الاجرة . سرت احكام الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٢ .

وفد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - عدل ترتيب ما يحق للمستأجر ان يطالب به عند وجود عيب  
فيما نص الفقرة الاولى بحق المستأجر في ان يطلب اصلاح العيب

الاجارة . ولا يصح منه اذا صاح او تلف الا اذا كان الفسخ او التلف  
يسبب المضرب او المهدى . فان شرط الضمان عليه ابتداء فسد عقد  
الاجارة .

انظر ايضا المادة ٥٤٤ من مجلة الاحكام الشرعية .

#### ( مادة ٥٧٢ )

١ - يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من  
عيوب تحول دون الانتفاع بها ، او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا  
كبيرا . ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها .  
وهو مسئول كذلك عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها  
او خلوها من صفات يفتضيها الانقاع بها .

٢ - ومع ذلك لا يضمن المؤجر العيب اذا كان المستأجر يعلم به  
وقت التعاقد . او كان يستطيع ان يتبينه لو انه فحص العين بعناية  
الرجل العادي ، الا اذا اثبت المستأجر ان المؤجر قد اكد له خلو العين  
من هذا العيب .

المعنى الاول من هذه المادة تتفق في حكمها مع الفقرة الاولى من  
المادة ٥٧٦ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي : « يضمن  
المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول  
دون الانتفاع بها . او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا . ولكنه  
لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها . وهو مسئول عن  
خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها . او عن خلوها من صفات  
يفتضيها الانتفاع بها . كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » .

وفد ادخلت على هذه الفقرة تعديلات غلطيان . وذلك باضافة كلمة  
« كذلك » بعد عبارة « وهو مسئول » . وحذف حرف « عن » قبل  
عبارة « خلوها من صفات » . كما حذف منها عبارة « كل هذا  
ما لم يقض الاتفاق بغيره » ، لان هذا الحكم سيرد في مادة تالية .

والفقرة الثانية من المادة المقترحة تقابل الفقرة الثانية من  
المادة ٥٧٦ من التقنين الحالي التي نص على ما يأتي : « ومع ذلك  
لا يضمن المؤجر العيب اذا كان المستأجر قد اخطر به او كان يعلم به  
وقت التعاقد » . وقد كان النص المقابل في المشروع التمهيدى للتقنين  
الحالي ( م ٧٧٦ ) يتضمن في نهايته العبارة الآتية « وكذلك لا يضمن  
المؤجر العيب اذا كان يسهل على المستأجر ان يتحقق من وجوده  
الا اذا اعان المؤجر خلو العين من هذا العيب » . ولكن حدثت هذه  
العبارة في جلسة مجلس الشيوخ بحجة انها تتناول مسألة تفصيلية  
روى ان في القواعد العامة ما يفنى عن تنظيمها بحكم خاص ( مجموعة  
الاسمال التحضيرية ج ٤ ص ٥١٩ و ٥٢١ و ٥٢٢ ) . والواقع ان هذه  
العبارة كانت تنص على شرط الغفاء الواجب توافره في العيب الذي  
يسبب المؤجر . ولذلك روى ان يضاف في الفقرة الثانية من المادة  
المقترحة ما يتضمن هذا الشرط ، على غرار ما نص عليه في عقد البيع  
( انظر م ٤١٤ من المشروع ، وهي تطابق م ٤٤٧ من التقنين الحالي ) .

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادتين ٧٥٦ و ٧٥٧ من  
التقنين العراقي .

## ( مادة ٥٧٤ )

يجوز للمعاقدين بالتراضي خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان المؤجر قد تعمد إخفاء العيب في العين المؤجرة غشا منه .

هذه المادة تقابل المادة ٥٧٨ من القانون الحالي التي تنص على ما يأتي :

« يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الاعفاء أو الحد من ضمان المعرض أو العيب ، إذا كان المؤجر قد أحصى عن غش سبب هذا الضمان » .

وتقابل المادة ٧٥٦ من القانون العراي التي تنص على المادة ٥٧٨ من القانون المصري الحالي .

وتقابل المادة ٦٨٩ من القانون الأردني التي تنص على المادة ٥٧٨ من القانون المصري الحالي .

وتقابل المادة ٥٨٤ من القانون الكويتي التي تنص على حكمها مع المادة ٥٧٨ من القانون المصري الحالي .

وحكم المادة المقترحة يتفق مع حكم القانون الحالي والتقنيات العربية المسار إليها . وهو ما يؤخذ بمفهوم المخالفة من النصوص المذكورة . وذلك وفقا لما هو مقرر في البيع ( انظر م ٤٢٠ من المشروع ) .

وهذا الحكم يقاس على ما هو مقرر في الفقه الاسلامي بالنسبة الى خيار العيب في البيع ( انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٤٢٠ من المشروع ) .

## ( مادة ٥٧٥ )

١ - يجب على المستأجر الوفاء بالأجرة في المواعيد المتفق عليها . فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء بها في المواعيد التي يعينها عرف الجهد .

٢ - ويكون الوفاء بالأجرة في موطن المستأجر ، وهم يتن شئنا اتفاق أو عرف يقتضي بغير ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٦ من القانون الحالي . مع تعديلات لغوية بسيطة .

وينص على عائق المستأجر التزامات اربعة هي بحسب الترتيب الذي اتبعه القانون الحالي . التزامه بأن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له . وبأن يبذل من العناية في استعمالها وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادي . وبأن يفي بالأجرة ، وبأن يرد العين الى المؤجر عند انتهاء الإيجار .

وقد رتب مخالفة الترتيب الذي اتبعه القانون الحالي والسبب بالالتزام بالوفاء بالأجرة ، لانه الالتزام الرئيسي الذي يطلب أن يواجهه المستأجر منذ البداية . ولأن الالتزامات الأخرى يحسن أن يمس عليها متصلة لا فصل بينها . إذ أن كل التزام منها يؤدي الى الالتزام الذي يليه .

أو أن يقوم هو بمصلحته على نفقة المؤجر ، لأن التنفيذ العيني هو الأصل .

٢ - من غير أن يكون السيد المبيع ربما لأحكام المادة ٥٦٢ . حيث ينطبق هذه الأحكام . له هو شرط في حالة الإخلال بالالتزام بالسليم . وفي حالة الترميم الضرورية للإستعمال .

٣ - نص على إمكان الميراث عند طيب الفسخ أو انقضاء الإيجار .

٤ - أصيب بغيره ثالثة . عليه امرادها لبيان الحكم إذا كانت بعدت إصلاح العيب بغيره لا تتناسب مع الإجراء . وبذلك يوحد الحكم في حالات ثلاث . هي حالة الإخلال بالالتزام بالسليم . وحالة الترميم الضرورية للإستعمال . وحالة العيب . وفي هذه الحالات جميعها إذا كانت نفقات الإصلاح أو الترميم بغيره لا تتناسب مع الآخر . بمعنى المؤجر من السيد المبيع . ولا يكون لسيد جبر الاطباء إصلاح أو انقضاء الأجرة مع التعويض أن كان له مقتضى .

والمادة السابقة تنص في حكمها مع المادة ٥٨٢ من القانون الكويتي .

وتقابل المادة ٧٥٨ من القانون العراي التي تنص على ما يأتي :

١ - إذا وجد بالمأجور عيب ينحصر معه الضمان ، جاز للمستأجر أن يفسخ العقد أو انقضاء الإجراء .

٢ - فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه .

وتقابل المادة ٦٨٧ من القانون الأردني التي تنص على أنه « إذا برهن على أنه حرمان المستأجر من الإستعمال بالإجراء جاز له أن يطالب بفسخ أو انقضاء الأجرة مع ضمان ما يلحقه من ضرر » .

من المذكرة الايضاحية للنص المقابل في مشروع التمهيدى لتقنين القانون رقم ١٧٧٧ في ج ١ من المجلد ١٢٢٣ .

وفي الفقه الاسلامي . فيما يتعلق بضمان العيب . نصت المادة ١٠١٠ من المجلة على أنه « لو حدث في المأجور عيب للمستأجر بالخيار أن شاء استوفى التبعة مع العيب وأعطى تمام الأجرة وإن شاء فسخ الأجرة » . ونصت المادة ٥١٧ على أنه « ان أزال الأجر العيب احدث قبل فسخ المساجر الأجرة لا يبقى للمستأجر حق الفسخ وإن أراد المستأجر التصرف في بقية المدة فليس للأجر منه أيضا » .

انظر كذلك المادة ٦٢٩ من مرشد البحرين والملايين ٢٣٦ و ٢٣٧ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة . المادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام الشرعية .

وتتفق حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة مع قواعد الشرع في ضمان بالسبب .

١ - نص في الفقرة الثانية من المادة المقترحة من انقضاء المؤجر من السيد المبيع إذا كانت نفقات الإصلاح باهظة لا تتناسب مع الأجرة إنما حكم عادل بمرء الشرع الاسلامي . وينهض به الله سبحانه وتعالى : لا يكلف الله نفسا الا وسعها .

ولامتنابل لها في التقنين المرامي . ولكن النقولات الموجودة فعلا  
في العين المؤجرة تكون منقولة بحق امتياز المؤجر ( م ١٣٧٤ مدني  
عرفاني ) .

ولا مقابل لها في السفين الأردني . ولكن المغفولات الموجودة فعلا في السفين المؤجرة تكون منقلة بحسب امتياز المؤجر (١٤٣٧ مدني لودني) .

وفي المصنف ١٠ رسمين فبدع ر يحبس المبيع اى ان يؤدى المشتري جميع الثمن ( م ٢٧٨ من اجله وم ٢٥٤ من مرشد احيران ) . وفيما على ذلك فلوجر ان يحبس الموقوفات الموجودة في العين المؤجرة ضمانا للحقوق التى تثبت له بمقتضى عقد الايجار ، وهو ما نلغى به المادة المصرحة على الفصل المذكور فيها .

هذا . وقد ونى حذف المادة ٥٨٨ من القانونين الحالي الذي يوجب على المسافر ان يصنع مقفولات في العين المؤجرة لضمان ارجوعه من مسير او عن ثل مدة الاجار اذا فلت عن مسير . بقرا ان هذا الحكم لا يتفق مع الواقع العمل في مجتمعا . فقد لا يكون لدى المسافر من مقفولات ما يفي بغير هذا الصغار . مما لا يسوع معه طلب الحزم بأرامه بوصفها . الامر الذي أدى الى اختلاف الفقه في جواز هذه المطالبة . وبعد لا يقتضي عمل المستاجر ان يخضع مقفولات كافية للوفاء بالاجرة اذ يجب تأمينها . لو كانت العين المؤجرة مكتوبا للمستأجر و للمقاولات او للاستيراد والصادرات .

( مادة ٥٧٨ )

ينزوم اسماعيل بن بسمل العين المجره على اننحو المتق عليه  
 ، فان لم يكن هناك اثبات اننزم بان بسمل العين بحسب ما اعدت  
 به ووسا لما جرى به العرف .

هذه المادة تنفق في حكمها مع المادة ٥٧٩ من التقنين الحالي التي نص على أن : يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه .  
 فإن لم يثن هاتئ اعاك الررم ان يستعمل ايعين  
 ..تسبب ..العت له ..

وفد أميقت الى هذا النص عبارة « ووفقا لما جرى به العرف »  
بموسم الحكم .

والمادة المنروحة تنمى في حكمها مع المادة ٧٦٢ من التفتيش  
العرفى.

وسبق في حكمها مع المادة ٦٦٢ من التقنين الأردني .

ووفقاً لى حكمها مع اضافة ٥٨٩ من التقنين الكويتى .

• وحكم المادة المنفردة بدق مع ما يفرره الحق الاسلامي .

بعد نصت المادة ٤٢٦ من المجلة على أن : من استحق منفعة معينة  
بعد الإجارة له أن يستوفي عينها و مثلها أو مادونها ، ولكن ليس  
له أن يستوفي ما فوقها . مثلاً لو استأجر الحداد حائوناً على أن  
يعمل فيه له أن يعمل فيه صنعة مسابرة في المصرة لصناعة الحداد،  
ولكن ليس لمن استأجر حائوناً للعطارة أن يعمل فيه صنعة الحداد  
( وفي هذا المعنى أيضاً المادة ٦٤٠ من مرشد الحيران ) . ونصت المادة  
٥٢٧ على أنه : يصح استئجار الدار والحائون مع عدم بيان كونه لأى

رعى الفقه الاسلامى نصت اشاده ٤٦٩ من المجلة على ان « يلزم الاجرة باستيفاء المنفعة » . ونصت المادة ٤٧٠ على ان « تلزم الاجرة فى الاجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة » . ونصت المادة ٤٧٦ على انه « ان كانت الاجرة مؤقته بوقت معين كالشهر » او السبويه يلزم ابداؤها عند انقضاء ذلك الوقت » . ونصت المادة ٤٧٣ على ان « يعتبر ويراعى كل ما اشترطه العاقدان فى تعجيل الاجرة وتأجيلها » . انظر ايضا المادة ٦٦٨ من مجلة الاحكام الشرعيه .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٥٨٦ من التفنين الكويتي \*

وتقابل المواد ٧٦٥ - ٧٧٠ من التقنين الحرفي \*

ونقابل المواد ٦٦٥-٦٦٨ من التقنين الأردني .

انظر المذكورة الايضاحية لنص العايل في الم شروع التمهيدى للتقنين  
الحالى ( م ٧٨٦ ) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج١ ص ٥١١ .

( مادة ٥٧٦ )

الولا. بفسط من الاجرة فريضة على الولا. بالاقساط السابقة على هذا الفسط ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٧ من الاتفاق الحالي .

والسند الشرعي لها هو القاعدة الشرعية التي تفضي بان المادة محكمة . حيث جرت العادة على ان المستاجر لا يبي بفسط من الاجرة الا اذا كان قد اوفى بالاقساط السابقة على هذا القسط . وعلى اساس هذه العادة انما انشأوا القربنة المصنوعة عيها .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٦٩ من التقنين العراقي .

وتنص في حكمها مع المادة ٥٨٧ من السفين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص اناهل في المشروع التمهيدي للنقيب  
احلى (م ٧٨٧) في مجموعه الاعمال الحصريه ج ١ ص ٥٢٣ .

( مادة ٥٧٧ )

١ - يكون للمؤجر ، ضمنا لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار ، ان يعبس جميع النقولات الثابتة للحجز الموجودة في العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر . ولو لم تكن مملوكة للمساجر . وللمؤجر الحق في ان يبيع على نفسه ، ثانيا نفدت وتمام معارضته اودون عهده ، فان له الحق في استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية ، مع عدم الاخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق .

٢ - وليس للمؤجر ان يستعمل حقه في الحبس او في الاسترداد اذا سب نفس هذه اسماء امرا اعترضه حرفة المستاجر او انشوب من شئون الحياة ، او كانت المنقولات التي تركت في العين المؤجرة او التي تم استردادها تفي بضمان الاجرة وفاء تاما .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٩ من التقنين الحال .

ونطاق المادة ٥٨٨ من السفين الكويس .



٢ - فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لاتمام شيء من ذلك ، جاز للمستأجر أن يقضى منه هذا التدخل . على أن يتكفل بما ينفقه المؤجر .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨١ من التقنين الحالي ، مع اضافته عبارة « وانتليزيون وجهاز التكييف » .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩١ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي . انظر في ذلك المادة ٥٢٨ من مجله ، والمادة ٢٨١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة ، وقد تقدم ذكرهما .

انظر المذكرة الايضاحية للمصوص المقابلة للمواد ٥٧٨ - ٥٨٠ من المشروع في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ١٧٩ - ٧٨١ ) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٢١ .

( مادة ٥٨١ )

١ - يجب على المسأجر ان يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص العادي .

٢ - وهو مسئول عما يصيب العين اثناء انتفاعه بها من تلف او هلاك ، ما لم يكن هذا التلف او الهلاك ناشئاً عن استعمالها استعمالاً مألوفاً او واجباً الى سبب لا يد له فيه .

هذه المادة تعادل المادة ٥٨٢ من التقنين الحالي اسي تنص على ما يأتي :

١ - يجب على المسأجر ان يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد .

٢ - وهو مسئول عما يصيب عين اثناء انتفاعه بها من تلف او هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً .

وقد استبدلت في الفقرة الاولى من هذه المادة عبارة « الشخص العادي » بعبارة « الشخص المعتاد » .

وعُدلت الفقرة الثانية باضائه ما يعبه رفع المسؤولية عن المسأجر اذا كان تلف العين او هلاكها واجباً الى سبب لا يد له فيه . حتى يشمل الحكم . وقد كانت هذه الفقرة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٢/٧٨٢ ) تنص على عبارة بهذا المعنى ، ولكنها حذفت اكتفاءً بمرور حكمها في المادة الخاصة برد العين المؤجرة .

واتساقاً مع هذه الاضافة فقد راعى المشروع في المادة ٥٨٦ منه ، وهي المقابلة للمادة ٥٩١ من التقنين الحالي ، أن ينص على الحكم ذاته عند رد العين المؤجرة الى المؤجر في نهاية الايجار . فساء في اثناء انتفاع المسأجر بالعين او عند ردها الى المؤجر في نهاية الايجار ، فان المسؤولية عن تلف العين او هلاكها ترتفع عن المسأجر اذا كان ما أصاب العين ناشئاً عن استعمالها استعمالاً مألوفاً او كان راجعاً الى سبب لا يد له فيه ( انظر المذكرة الايضاحية للمادة ٥٨٦ من المشروع ) .

شيء . واما كيفية استعماله فتصرف الى العرف والعادة . وجاء في المادة ٥٢٨ : « واما في خصوص ربط الدواب معرف البلدة وعادتها معتبر ( استئجار الدار ) وحكم الحانوت على هذا الوجه » .

انظر ايضاً المادة ٥٨٦ ، ٦٢٢ ، ٧٢١ ، ٧٢١ من مجله الاحكام الشرعية .

المادة ٥٨٦ تنص على انه « ليس للمستأجر ان يحالف في استيفاء المنفعة على الوجه الذي يراه في اعمد ٠٠٠٠ مثلاً لو استأجر الارض للفرس او للبناء ليس له فعل الآخر » .

والمادة ٦٢٢ تنص على انه « تصح اجارة الدار والحانوت مع اطلاق العقد ، ولا يترجم ذكر السكنى ولا صفة الانتفاع ويحمل على اسعار وليس للمستأجر ان يعمل فيهما ما يضر بهما الا بشرط » .

والمادة ٧٢١ تنص على انه « اذا حالف المسأجر في استيفاء المنفعة كان تمديداً فيضمن المسأجر لو تلف » .

والمادة ٧٢٢ تنص على انه « اذا استوفى المسأجر اكثر من النفع المعقود عليه كان تمديداً فيضمن المسأجر لو تلف بذلك » .

( مادة ٥٧٩ )

١ - لا يجوز للمستأجر ان يحدث بالعين المؤجرة تغييراً بدون اذن المؤجر ، الا اذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه اي ضرر للمؤجر .

٢ - فإذا أحدث المسأجر تغييراً في العين المؤجرة مجاوزاً في ذلك حدود الالتزام الوارد في الفقرة السابقة ، جاز الزامه باعادة العين الى الحالة التي كانت عليها ، وبالتعويض ان كان له مقتضى .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٦٩٤ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٠ من التقنين الكويتي .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامي . انظر المادة ٤٢٦ من المجلة المذكورة تحت المادة السابقة وجاء في المادة ٥٢٨ ان « من استأجر داراً له ان يعمل فيها كل عمل لا يورث الوهن والضرر للبناء الا باذن صاحبها » . ونصت المادة ٢٨١ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام ابي حنيفة على ان « ليس للمستأجر ان يعمل ما يورث البناء او يضره ، وما ليس كذلك يجوز له بمقتضى العقد » .

( مادة ٥٨٠ )

١ - يجوز للمستأجر ان يضع بالعين المؤجرة اجهزة لتوصيل المياه والنور والكهربائي والغاز والتليفون والراديو والتلفزيون واجهزة التكييف وما الى ذلك مادامت الطريقة التي توضع بها هذه الاجهزة لاتخالف الاصول المرعية . وذلك ما لم ينبت المؤجر ان وضع هذه الاجهزة يهدد سلامة العقار .

## ( مادة ٥٨٣ )

يلتزم المستاجر باجراء الترميمات التاجيرية التي يقضى بها العرف او يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالا مالوفا . مالم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

هذه المادة تنفق في حكمها مع المادة ٥٨١ من التفنين الحالي التي نص على ان . يلتزم المستاجر باجراء الترميمات التاجيرية التي يقضى بها العرف . مالم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

وقد اضيفت الى هذا النص حالة ما اذا كانت الترميمات التاجيرية وهي الترميمات البسيطة . يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالا مالوفا . وذلك لاستعمال الحدم . فلو ما يرجع اليه في تحديد هذه الترميمات هو العرف . فاذا لم يوجد عرف . اعتبرت الترميمات تاجيرية اذا كانت الحاجة اليها قد نشأت من استعمال العين استعمالا مالوفا .

والمادة المصراحة تنفق في حكمها مع المادة ٥٦٤ من التفنين الكويتي .

وتنطبق في حكمها مع المادة ١٩٥ من التفنين الاردني .

وينطبق حكم المادة المقترحة مع ما يفرره الفقه الاسلامي . فهذا الفقه يفرق بين الترميمات الضرورية لدرء النفع فيجعلها على المؤجر وبين الترميمات التاجيرية البسيطة فيجعلها على المستاجر . وهذه التفرقة واضحة في نص المادة ٥٢٠ من مجلة التي تقدم درهما في التعليق على المادة ١١١ من المشروع . كما نصت المادة ٥١٢ من المجلة على ان . اراله التراب والاريل التي يرام في منه الاجارة واسطهر على المستاجر .

وفي هذا المعنى ايضا المادان ٦٤٨ و ٦٢٩ من مرشد الحيران والمادتان ٥٧٥ . ٥٧٦ من مجلة الاحكام الشرعية .

## ( مادة ٥٨٤ )

١ - المستاجر مسئول عن حريق العين المؤجرة . الا اذا اثبت ان الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه .

٢ - فاذا تعدد المستاجرون لعقار واحد . كان كل منهم مسئولا عن الحريق بنسبة الجزء الذي يملكه . ويسأل ذلك المؤجر ان كان مقيما في العقار . هلا مالم يثبت ان النار ابتدأ شوبها في الجزء الذي يتسقله احد المستاجرين فيكون وحده مسئولا عن الحريق .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٤ من التفنين الحالي .

وفي الفقه الاسلامي نصت المادة ٦٠٢ من المجلة على ان . حركة المستاجر على خلاف المعتاد تعد ويضمن الضرر والخسارة الذي يتولد منها . مثلا لو استعمل الألبسة التي استكرها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن . كذلك لو احترقت المدار المؤجرة بظهور حريق فيها بسبب استعمال المستاجر اثار ازيد من العادة وسائر الناس يضمن .

والمادة المقترحة تنفق في حكمها مع المادة ٧٦٤ من التفنين العراقي .

وتنطبق في حكمها مع المادة ٦٩٢ من التفنين الاردني .

وتنطبق في حكمها مع المادة ٥٩٢ من التفنين الكويتي .

وينطبق حكم المادة المصراحة مع ما يفرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٦٣٧ من مرشد الحيران على انه . يجب على المستاجر ان يعتنى بالعين المؤجرة كاعتنائه بملكه . ولا يجوز له ان يحدث بها تغييرا بدون اذن مالكتها .

ونصت المادة ٦٠١ من المجلة على انه . لا يلزم الضمان اذا تلف المأجور في يد المستاجر . مالم يكن يتقصيره او تعديه او مخالفته لمساوئته . ونصت المادة ٦٠٢ على انه . يلزم الضمان على المستاجر لو تلف المأجور او طرا على قيمته نقدا بتعدي . ونصت المادة ٦٠٤ على انه . لو تلف المأجور بتقصير المستاجر في امر المحافظة او طرا على قيمته ضمان يلزم الضمان .

ونصت المادة ٢٧٥ من مشروع تفنين الشريعة الاسلاميه على مذهب الامام مالك على ان . المستاجر والأجير كل منهما أمين فيما وضع يده عليه بعقد الاجارة . فلا يضمنه اذا ضاع او تلف الا اذا كان الضياع او التلف بسبب التفريط او التعدي . فان شرط الضمان على احدهما ابتداء فسد عقد الاجارة الا اذا اسقط الشرط قبل انتهاء العمل . وجاء في المذكرة الايضاحية لهذه المادة ما يأتي : . وانما كان شرط الضمان على احدهما ابتداء فمسندا لعقد الاجارة لانه منافض لمقتضى العقد . وهو ان كلا من المستاجر والأجير أمين لا يضمن الا بالتفريط او التعدي .

انظر في هذا : شرح مجموع الأمير ج ٢ ص ٢٣١ . الشرح الكبير وحاشيته ج ٤ ص ٢٢ و ٢٣ .

وانظر ايضا المادة ٥٤٤ من مجلة الاحكام الشرعية .

## ( مادة ٥٨٢ )

يجب على المستاجر ان يبادر الى اخطار المؤجر بكل امر يستوجب تدخله . كان تحتاج العين الى ترميمات مستعجلة . او يتكشف عيب بها . او يقع اغتصاب عليها . او يعتدى اجنبى بالتعرض لها . او باحداث ضرر بها .

هذه المادة تطابق المادة ٥٨٥ من التفنين الحالي .

وتطابق المادة ٥٩٣ من التفنين الكويتي .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ان الزام المستاجر باخطار المؤجر في الحالات المذكورة مما يملكه ولي الامر تحقيقا لمصلحة شرعية معتبرة هي المحافظة على حقوق كل منهما . اذ ان هذا الاخطار يتيح للمؤجر ان يتدخل في الوقت المناسب لدفع ما يهدد سلامة العين او يؤدي الى ضياع الحق فيها .

## ( مادة ٥٨٥ )

يجب على المستاجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار . فإذا أبقاها تحت يده دون حق كان ملزماً أن يدفع للمؤجر تعويضاً يراعى في تقديره القيمة الإيجارية للعين وما أصاب المؤجر من ضرر .

هذه المادة تطابق المادة ٥٩٠ من التقنين الحالي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٧٧١ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٧٠٨ من التقنين الأردني .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٥ من التقنين الكويتي .

ونسبق في حكمها مع ما يقرره الفقه الإسلامي :

ففيما يتعلق بوجوب رد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار :

نصت المادة ٥٦١ من المجلة على أن « يلزم المساجر رجع يده عن المأجور بعد انقضاء الإجارة » . ونصت المادة ٥٩٢ على أنه « ليس للمستاجر استعمال المأجور بعد انقضاء الإجارة » . ونصت المادة ٥٩٣ على أنه « لو انقضت الإجارة وفرد الأجر قبض ماله يلزم المستاجر تسليمه إياه » .

ونصت المادة ٦٤١ من مرشد الحيزن على أنه « إذا انتهت مدة الإجارة وجب على المستاجر أن يرفع الدار أو الحانوت المؤجرة ويسلمها لصاحبها ولا حاجة للتسليم عليه بالنخلية » .

وفيما يتعلق بإسرام المستاجر بدفع القيمة الإيجارية للعين إذا أبقاها تحت يده دون حق بعد انتهاء الإيجار : نصت المادة ٦٤٣ من مرشد الحيزن على أنه إذا مضت مدة الإجارة وسكن المستاجر بعدها شهراً أو أكثر يلزمه أجر المثل فيه أن كانت الدار معدة للاستغلال أو كانت وفقا أو لينيم » .

ونصت المادة ٤٧٢ من المجلة على أن « من استعمل مال غيره من دون عقد وبلا إذن ، فإن كان معد للاستغلال تلزمه اجرة المثل ..... » .

وفيما يتعلق بالتزام المستاجر بتعويض ما أصاب المؤجر من ضرر فإن هذا يقتضيه القواعد الشرعية في الضمان بالتسبب . وقد نصت المادة ٦٠٦ من المجلة على ما يأتي : « يبقى المأجور كالوديعة أمانة في يد المستاجر عند انقضاء الإجارة كما كان » . وعلى هذا لو استعمل المستاجر المأجور بعد انقضاء الإجارة وتلف يضمن . كذلك لو طُلب الأجر ماله عند انقضاء الإجارة من المساجر ولم يعطيه إياه ثم بعد الامساك تلف يضمن » .

ففيما يتعلق بوجوب رد العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار :

## ( مادة ٥٨٦ )

١ - على المستاجر أن يرد العين بالحالة التي تسلمها عليها ، إلا ما يكون قد أصاب العين من تلف أو هلاك ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً أو راجع إلى سبب لا يد له فيه .

٢ - فإذا كان تسليم العين للمستاجر قد تم دون كتابة محضر أو دون بيان بأوصاف هذه العين القرض ، حتى يقوم الدليل على العكس ، أن المستاجر قد تسلم العين في حالة حسنة .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - « على المساجر أن يرد العين بالحالة التي تسلمها عليها . إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف بسبب لا يد له فيه .

٢ - « إذا كان تسليم العين للمستاجر قد تم دون كتابة محضر أو دون بيان بأوصاف هذه العين القرض . حتى يقوم الدليل على العكس . أن المستاجر قد تسلم العين في حالة حسنة » .

وقد عدلت أعمدة الأولى من هذه المادة بأوصاف ما يفيد رجع المسؤولية عن المساجر إذا كان تلف العين أو هلاكها ناشئاً عن استعمالها استعمالاً مألوفاً . وذلك لكي يتضح أن الحكم واحد في المادتين ٥٨١ و ٥٨٦ من المشروع ، وهما المقابلتان للمادتين ٥٨٢ و ٥٩١ من التقنين الحالي . في خصوص مسؤولية مساجر عما يصيب العين المؤجرة من تلف أو هلاك أثناء استعمالها أو عند ردها للمؤجر متى انتهت جازته . بحيث ترتفع عنه المسؤولية في الحالتين إذا كان ما أصاب العين ناشئاً عن استعمالها استعمالاً مألوفاً أو كان راجعاً إلى سبب لا يد له فيه ( انظر المذكرة التوضيحية للمادة ٥٨١ من المشروع ) .

والمادة المرححة تقابل المادة ٧٧٢ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٥٩١ من التقنين المصري الحالي .

وتقابل المادة ٧٠٠ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٥٩٦ من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة ٦٠١ من المجلة على أنه « لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور في يد المساجر . ما لم يكن بتقصيره أو تعدية أو مخالفته لما ذؤنيه » . ونصت المادة ٦٠٢ على أنه « يلزم الضمان على المساجر لو تلف المأجور أو فُرا على قيمته بفساد بتعديده » . ونصت المادة ٦٠٤ على أنه « لو تلف المأجور بتقصير المستاجر في أمر الحافطة أو فُرا على قيمته بفساد يلزم الضمان » . ونصت المادة ٦٠٦ على أن « يبقى المأجور للأوديعة أمانة في يد المستاجر عند انقضاء الإجارة كما كان ... » . وقد تقدم ذكر هذه المواد . انظر كذلك المادة ٤٧٥ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك . وقد تقدم ذكرها .

أما الاقتراض الذي تنص عليه الفقرة الثانية من المادة المقترحة ، فإنه يستند إلى ما جرت به العادة من كتابة محضر أو بيان بأوصاف العين المؤجرة عند التسليم ، والقاعدة الشرعية أن العادة محكمة .

## ( مادة ٥٨٧ )

١ - إذا أحدث المستاجر في العين المؤجرة بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستاجر عند انقضاء الإيجار ما أنفق في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ - فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أن يطلب من المستاجر إزالتها ، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة .

٣ - وإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للحكمة أن تنظره إلى أجل أو فاء بها .

وقد ادخلت على هذا النص التعديلات الآتية :

١ - عدلت الفقرة الأولى في صدرها تعديلاً لفظياً ، حيث استبدلت بعبارة « للمستأجر أن ينزل عن الإيجار أو يؤجر من الباطن » بعبارة « المستأجر حق النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن » .

٢ - أضيفت إلى الفقرة الأولى حالة مستثناء من الحكم في عبارة « ما لم تكن شخصية المستأجر محل اعتبار » . وقد كان النص المقابل في المشروع التمهيدي يتضمن عبارة في هذا المعنى تجرى على الوجه الآتي : « وقد يستفاد هذا الاتفاق من الظروف » ، حذفت في لجنة مجالس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٥٨ - ٥٦٠ ) . فإذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار عند التعاف ، بأن أجر المؤجر العين للمستأجر لاعتبار شخص فيه ، فلا يجوز للمستأجر أن ينزل عن الإيجار أو يؤجر من الباطن .

٣ - أضيفت إلى الفقرة الأولى أيضاً حالة مستثناء من الحكم ، حيث استبدلت عبارة « أو يقض نص أو اتفاق بغير ذلك » بعبارة « ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » . وقد روعي في هذا التعديل أن القائلون الخاص بتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر لم يتقيد بالقاعدة الواردة في هذه الفقرة ، الأمر الذي انتفى إضافة التحفظ الخاص بوجود نص مخالف .

٤ - استحدثت الفقرة الثانية من المادة المقترحة . وقد كانت المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧٩٤ ) تتضمن نقرة تنص على حكمها : ولكنها حذفت ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٥٨ - ٥٦٠ ) . فروى أن تضاف هذه الفقرة تطبيقاً لنظرية المصادرة في استعمال الحق ، حيث لا يجوز للمؤجر أن يتمسك في التمسك بالشروط المانع من النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن .

والمادة المقترحة تدفق في حكمها مع المادة ٧٧٥ من التقنين العراقي .

وتتفق في حكمها مع المادة ٥٩٩ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٧٠٢ - ٧٠٤ من التقنين الأردني .

وفي إنقته الاسلامي :

فيما يتعلق بحق المستأجر في النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن . نصت المادة ٥٨٦ من المجلة على أن « للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض أن كان عقاراً ، وإن كان منقولاً فلا » . ونصت المادة ٦٢٤ من مرشد الحيران على أن « للمستأجر أن يؤجر العين المزجرة لغير مؤجرها بعد قبضها وقبله أن كانت عقاراً ، وليس له إيجارها قبل القبض بل بعده أن كانت منقولاً » . ونصت المادة ٦٢٣ من مرشد الحيران على أنه « يجوز لمستأجر دار أو أرض أن يعيرها ويودعها ويؤجرها بمثل الأجرة التي استأجرها بها أو بأقل منها أو بأكثر لو كانت الأجرة الثابتة من غير جنس الأولى ، فلو كانت من جنسها لا تطبق له الزيادة » .

هذه المادة تطابق المادة ٥٩٢ من التقنين الحالي ، مع تعديلات لفظية ، حيث استبدلت عبارة « إذا حدث » في بداية الفقرة الأولى بعبارة « إذا وجد » . وحذفت عبارة « أن كان للتعويض مقتضى » في نهاية الفقرة الثانية . واستبدلت كلمة « وإذا » في بداية الفقرة الثالثة بكلمة « فإذا » .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٧٤ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٧٠١ من التقنين الأردني .

وتقابل المادة ٥٩٨ من التقنين الكويتي .

وفي إنقته الاسلامي نصت المادة ٥٣١ من المجلة على أنه « لو أحدث المستأجر بناء في العقار المأجور أو غرس شجرة فلا أجر مخير عند انقضاء مدة الإجارة أن شاء قلع البناء والشجرة وإن شاء أبقاها وأعطى قيمته كثيرة كانت أو قليلة » .

ونصت المادة ٦٥٩ من مرشد الحيران على أنه « إذا انقضت مدة الإجارة وكان المستأجر قد بنى في الأرض بناء أو غرس فيها أشجاراً يؤمر بهدم البناء وقلع الأشجار إلا أن يرضى المؤجر بتركها في الأرض بإجارة أو إعارة فيكون البناء والشجر للمستأجر والأرض للمؤجر . فإن تركهما بإعارة للأرض يكون لهما أن يؤجرا الأرض والبناء للثالث ويقسمان الأجرة على قيمة الأرض بلا بناء وعلى قيمة البناء بلا أرض فيأخذ كل منهما حصته » . ونصت المادة ٦٦٠ على أنه « إذا كان هدم البناء وقلع الشجر ضرراً بالأرض ونقصان قيمتها ونصت مدة الإجارة فللمؤجر أن يملكها حبراً على المستأجر وتقدر قيمتها مستحقين للقلع قائمين بأن تقوم الأرض بهما مستحقين الهدم والقلع وبدونهما فيضمن المؤجر ما بين القيمتين . وإن كانت الأرض لا تنقص قيمتها فلا يكون للمؤجر تملكها بدون رضى المستأجر إنما له أمر المستأجر بقلعها من أرضه » .

( ٣ ) النزول عن الإيجار والإيجار من الباطن

( مادة ٥٨٨ )

١ - للمستأجر أن ينزل عن الإيجار أو يؤجر من الباطن ، وذلك عن كل ما استأجره أو يعرضه ، ما لم تكن شخصية المستأجر محل اعتبار ، أو يقض نص أو اتفاق بغير ذلك .

٢ - وإذا اشترط المؤجر ألا يكون النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن إلا بموافقته ، فلا يجوز له أن يمتنع عن هذه الموافقة إلا لسبب مشروع .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٣ من التقنين الحالي التي تنص على أن « للمستأجر حق النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، وذلك عن كل ما استأجره أو يعرضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » .

وفيما يتعلق بعدم جواز النزول عن الإيجار من الباطل إذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار . نصت المادة ٥٨٧ من المجلة على أن « المستأجر إيجار مالم يتفاوت استعماله وانتفاعه باختلاف الناس لآخر » . ونصت المادة ٥٣٦ على أن « من مستأجر ثيابا على أن يلبسها بنفسه فليس له أن يلبسها غيره » . ونصت المادة ٥٣٧ على أن « الحلى كاللباس » . ونصت المادة ٥٥١ على أن « الدابة التي استكرت على أن يركبها فلان لا يبيع أركابها غيره » ، وأن أركب ولف الحيوان يلزم الضمان » .

أما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فهو تطبيق لنظرية التمسك في استعمال الحق التي نصت عليها المادة ٣٧ من المشروع واقتبست جميع ضوابطها من الفقه الإسلامي .

#### ( مادة ٥٨٩ )

١ - منع المستأجر من أن يؤجر من الباطن بقتضى منعه من النزول عن الإيجار ، وكذلك العكس .

٢ - ومع ذلك إذا كانت العين المؤجرة عقارا انشئ فيه مصنع أو متجر ، وأراد المستأجر أن يبيع هذا المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٤ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - « منع المستأجر من أن يؤجر من الباطن بقتضى منعه من النزول عن الإيجار ، وكذلك العكس .

٢ - ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار انشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق . » وقد أدخل على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - عدلت الفقرة الأولى تعديلا افظيا ، وذلك باستبدال كلمة « النزول » بكلمة « التنازل » .

٢ - استبدلت في صدر الفقرة الثانية عبارة « ومع ذلك إذا كانت العين المؤجرة عقارا انشئ فيه مصنع أو متجر » بعبارة « ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار انشئ به مصنع أو متجر » .

٣ - استبدلت في الفقرة الثانية عبارة « وأراد المستأجر أن يبيع هذا المصنع أو المتجر » بعبارة « واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر » . ومقتضى هذا التعديل أنه لا يشترط أن تقوم ضرورة تدعو إلى أن يبيع المستأجر مصنعه أو متجره . فقد يرى المستأجر أن يغير نوع النشاط الذي يمارسه . بل قد يكون المستأجر راغبا في البيع انتفاء للكسب . وفي ذلك من التيسير مالا يسمح به النص الحالي . وكفى ما هناك من شروط تجعل المؤجر في مأمن من أي

ضرر . حيث يشترط أن يقدم المشتري ضمانا كافيا للمؤجر للقيام بالتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار ، كما يشترط ألا يلحق المؤجر من نزول المستأجر عن الإيجار للمشتري ضرر محقق . وهذا هو الذي يجعل من تمسك المؤجر بالشرط المانع تصفا في استعمال الحق . والسند الشرعي لحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة هو ما حوت به العادة من أنه إذا وجد شرط يمنع من النزول عن الإيجار أو يمنع من التنازل من الباطن فالمفروض أن المتعاقدين قصدوا أن يمنع الشرط من العمل معا ، وذلك بسبب عدم إدراك الفروق الدقيقة بين العملين .

أما حكم الفقرة الثانية فهو تطبيق لنظرية التمسك في استعمال الحق التي نصت عليها المادة ٣٧ من المشروع واقتبست جميع ضوابطها من الفقه الإسلامي .

والمادة المقترحة تطابق المادة ١/٧٦١ من التقنين العراقي .

وتقابل المواد ٧٠٢ - ٧٠٤ من التقنين الأردني .

والفقرة الأولى منها تطابق المادة ٦٠٠ من التقنين الكويتي .

#### ( مادة ٥٩٠ )

في حالة النزول عن الإيجار يحل المتنازل له محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار . ومع ذلك يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٥ من التقنين الحالي التي تنص على أنه « في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته » .

وقد أضيف إلى هذا النص ما جاء في صدر المادة المقترحة من أنه « في حالة النزول عن الإيجار يحل المتنازل له محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار » . واقتضى هذا أن تضاف عبارة « ومع ذلك » قبل بقية المادة باعتبار أن ضمان المستأجر للمتنازل له في تنفيذ التزاماته خروج على القاعدة العامة في ضمان المدرس الأصلي للمحال عليه في حوالة الدين .

وقد كانت المادة ٧٩٦ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تجري على نحو ما جاء في المادة المقترحة ، ولكن حذف الحكم الوارد في صدرها ، وهو الخاص بملازمة المتنازل له مع المؤجر ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة وأحكام الحوالة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٣ - ٥٦٥ ) .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٧٧ من التقنين العراقي .

وتقابل المادة ٦٠١ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ١ ٧٩٦ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٤ .

والنزول عن الإيجار ينطوي على حوالة حق وحوالة دين .

وفي الفقه الإسلامي : انظر ما تقدم ذكره عن انتقال الالتزام في الفقه الإسلامي .

وليس للمالك قبضها من المستاجر الثاني الا اذا احواله المستاجر عليه او وكله بقبضها من المستاجر الثاني .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فالغرض منها حماية مصلحة شرعية معتبرة ، هي مصلحة المؤجر .

( مادة ٥٩٢ )

تبرا ذمة المستاجر الاصلى قبل المؤجر ، سواء فيما يتعلق بضمانه المتنازل له في حالة النزول عن الايجار او فيما يتعلق بما يفرسه عقد الايجار الاصلى من التزامات في حالة الايجار من الباطن ، اذا صدر من المؤجر قبول صريح او ضمنى بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن . ويعتبر قبولاً ضمناً من المؤجر قبضه الاجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون ان يبدى اى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستاجر الاصلى .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٧ من التقنين الحالي التى تنص على ما يأتى :

« تبرا ذمة المستاجر الاصلى قبل المؤجر ، سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة النزول عن الايجار ام فيما يتعلق بما يفرسه عقد الايجار الاصلى من التزامات في حالة الايجار من الباطن :

( اولا ) اذا صدر من المؤجر قبول صريح بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن .

( ثانيا ) اذا استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون ان يبدى اى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستاجر الاصلى .

وقد ادخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - عدلت تعديلا لفظيا باستبدال عبارة « سواء فيما يتعلق بضمانه المتنازل له في حالة النزول عن الايجار » بعبارة « سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة النزول عن الايجار » .

٢ - استبدلت عبارة « اذا صدر من المؤجر قبول صريح او ضمنى بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن » بالعبارة الواردة في الفقرة « اولا » التى تقول : « اذا صدر من المؤجر قبول صريح بالنزول عن الايجار او بالايجار من الباطن » . اذ ان قبول المؤجر قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنا ، ولا يقتصر القبول الضمنى على حالة ما اذا استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل له او من المستاجر من الباطن دون اداء اى تحفظ . فقد سنخلص القبول الضمنى من ظروف اخرى ، كما لو طالب المؤجر المتنازل له او المستاجر من الباطن بالاجرة دون ان يستوفىها ، او طالبه بدفع تعويض عن تلف اصاب العين .

٣ - النص على ان يعتبر قبولاً ضمناً من المؤجر قبضه الاجرة مباشرة دون اداء اى تحفظ . وذلك توضيحا للأساس الذى يقوم عليه الحكم .

( مادة ٥٩١ )

١ - في حالة الايجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستاجر الاصلى خاضعة لاحكام عقد الايجار الاصلى . اما العلاقة بين المستاجر الاصلى والمستاجر من الباطن فتسرى عليها احكام عقد الايجار من الباطن .

٢ - ومع ذلك تكون المستاجر من الباطن ملزما بان يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستاجر الاصلى وقت ان ينذر المؤجر ولا يجوز ان يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الاجرة . للمستاجر الاصلى ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقا للعرف او لاتفاق ثابت التاريخ تم وقت الايجار من الباطن .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٦ من التقنين الحالي التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يكون المستاجر من الباطن ملزما بان يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستاجر الاصلى وقت ان ينذر المؤجر .

٢ - ولا يجوز للمستاجر من الباطن ان يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الاجرة للمستاجر الاصلى ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقا للعرف او لاتفاق ثابت التاريخ تم وقت الايجار من الباطن .

وفد اضيفت الى هذه المادة الفقرة الاولى من المادة المقترحة . وجمع ما جاء فيها في فقرة واحدة هي الفقرة الثانية من المادة المقترحة .

وما جاء في الفقرة الاولى من المادة المقترحة كانت تنص عليه المادة ٧٨٧ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ، ولكنها حذفت في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة ( مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٣ - ٥٦٤ ) .

والمادة المقترحة تنفق في احكامها مع المادة ٧٧٦ من التقنين العراقي .

وتنفق في احكامها مع المادة ٦٠٢ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٧٠٥ من التقنين الاردنى .

انظر المذكرة الايضاحية للنصوص المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٧٩٧ و ٧٩٨ ) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٩ و ٥٧٠ .

والسند الشرعى للفقرة الاولى من المادة المقترحة قوله عليه الصلاة والسلام : « المأمون على شروطهم » . فالعلاقة بين المؤجر والمستاجر الاصلى تسرى عليها شروط عقد الايجار الاصلى . والعلاقة بين المستاجر الاصلى والمستاجر من الباطن تسرى عليها شروط عقد الايجار من الباطن . قد نصت المادة ٦٢٧ من مرشد الحمران على ان « المستاجر الذى احر لغيره العين المنتفع بها ملزوم بالاجرة لملكها ،

الشهر العقاري . أما الكفالة ، شخصية كانت او عينية ، فلا تنتقل  
الى الإيجار الجديد الا اذا رضى الكفيل بذلك .

هذه المادة تطابق المادة ٥٩٩ من التقنين الحالي .

وتتفق مع المادة ٧٨٠ من التقنين المرافى .

وتتفق مع المادة ٦٠٥ من التقنين الكويتى .

وتقابل المادة ٢/٧.٧ من التقنين الاردنى .

وفى الفقه الاسلامى نصت المادة ٦٤٣ من مرشد الحيران على  
انه « اذا مضت مدة الاجارة وسكن المستأجر بعدها شهرا او اكثر  
بلزمه اجر التل فيه ان كانت الدار معدة للاستغلال او كانت ونفا  
او ليتيم » .

ونصت المادة ٤٣٨ من المجلة على ان « السكوت فى الاجارة بعد  
قبولا ورصاء . مثلا لو استأجر رجل حانوتا فى الشهر بخمسين فرشا  
وبعد ان سكن فيه مدة اشهر اثنى الاجر فى راس شهر وقال ان  
رضيت بستين فاسكن والا فاخرج وردده المستأجر وقال لم ارض  
واستمر ساكنا لزمه خمسون فرشا كما فى السابق . وان لم يقل  
شئنا ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكنا يلزمه اعطاء  
ستين فرشا ..... » .

انظر المذكورة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدي للتقنين  
الحالى ( م ٨٠١ ) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٧٥ .

#### ( مادة ٥٩٥ )

١ - اذا نبه احد الطرفين على الآخر بالإخلاء ، واستمر المستأجر  
مع ذلك متنفذا بالمعين بعد انتهاء الإيجار ، فلا يفترض ان الإيجار  
قد تجدد ما لم يتم الدليل على عكس ذلك .

٢ - اما اذا نبه احد الطرفين على الآخر بالإخلاء ما لم يقبل  
اجرة جديدة او شروطا اخرى ، فسكت من وجهه اليه التنبيه ، اعتبر  
هذا السكوت قبولا بتجديد به الإيجار تجديدا ضمنيا بالأجرة  
او الشروط الجديدة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٦٠٩ من التقنين الكويتى .

وتتفق مع المادة ٧٧٨ من التقنين المرافى .

انظر المذكورة الايضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدي للتقنين  
الحالى ( م ٧٩٩ ) فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٦٩  
و ٥٧٠ .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان حكمها يستند الى قبول  
من جانب المؤجر : وهو يدخل فى نطاق قوله صلى الله عليه وسلم :  
« المسلمون على شروطهم » .

#### ( ٤ ) انتهاء الإيجار .

#### ( مادة ٥٩٣ )

ينتهى الإيجار بانقضاء المدة المعينة فى العقد دون حاجة الى تنبيه  
بالإخلاء ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

هذه المادة تقابل المادة ٥٩٨ من التقنين الحالي الذى تنص على  
ما يأتى : « ينتهى الإيجار بانتهاء المدة المعينة فى العقد دون حاجة الى  
تنبيه بالإخلاء » .

وقد استبدلت فى هذا النص كلمة « بانقضاء » بكلمة « بانتهاء » .  
كما اضيفت اليه عبارة « ما لم ينص القانون على غير ذلك » ، حيث  
فصد بهذا التحفظ مراعاة ما تنص عليه القوانين الخاصة من تحديد  
اسباب لانتهاء الإيجار ليس من بينها انقضاء المدة .

والمادة المقترحة تتفق فى حكمها مع المادة ٧٧٩ من التقنين المرافى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ١/٧.٧ من التقنين الاردنى .

وتتفق فى حكمها مع المادة ٦٠٤ من التقنين الكويتى .

ويتفق حكم المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الاسلامى .

نقد نصت المادة ٦٤١ من مرشد الحيران على انه « اذا انتهت  
مدة الاجارة وجب على المستأجر ان يفرغ الدار او الحانوت المزجرة  
ويسلمها لصاحبها ، ولا حاجة للتنبيه عليه بالنخبة » .

#### ( مادة ٥٩٤ )

١ - اذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر متنفذا بالمعين المؤجرة  
بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه  
الاولى ولكن لمدة غير معينة ، ونسرى على الإيجار اذا تجدد على هذا  
الوجه احكام المادة ٥٥٦ .

٢ - ويعتبر هذا التجديد الضمنى ايجارا جديدا لا مجرد امتداد  
للايجار الاصلى . ومع ذلك تنتقل الى الإيجار الجديد التامينات  
العينية التى كان المستأجر قديما فى الإيجار القديم مع مراعاة قواعد

الفقرة الاولى من هذه المادة تطابق المادة ٦٠٠ من التقنين الحال

اما الفقرة الثانية فمستحدثة .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٨١ من التقنين المرافى .

وتتفق مع المادة ٦٠٦ من التقنين الكويتى .

وفى الفقه الاسلامى : انظر المادة ٤٣٨ من المجلة التى تقدم ذكرها  
تحت المادة السابقة . وقد نصت المادة ٤٣٩ على انه « لو تفاولا  
بعد العقد على تعديل البذل او ترده وتزايه يعتبر العقد الثانى » .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٨٦ من التقنين العراقي .  
وتتفق مع المادة ٦٠٧ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع النهدي "تقنين  
الحالي ( م ٨٠٧ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٢ و ٥٩٣ .

ويلاحظ أنه في الفقه الإسلامي يكون العقد موقوف التنفيذ إذا تعلق  
حق الغير بالحل ، وهذا تندرج تحته حالات منها تصرف مالك المين  
الموجرة وبناء على ذلك يكون التصرف في المين المؤجر موقوفاً على إجازة  
المساجر وفي هذا المعنى نصت المادة ٦٤٦ من مرشد العيران على أنه بيع  
المين المساحورة يتوقف نفاذه على إجازة المستاجر ، فان إجازة جاز .

وان لم يجزه يبقى موقوفاً إلى أن يسقط حق المستاجر . . ونصت  
المادة ٥٩٠ من المجلة على أنه « لو باع الأجر المساحور بدون إذن  
المستاجر يكون البيع نافذاً بين البائع والمشتري وإن لم يكن نافذاً في  
حق المستاجر . . . . » وان جاز المستاجر البيع يكون نافذاً في حق كل  
منهم . . . . »

أما في المشروع ، كما هو الشأن في التقنين الحالي وغيره من التقنيات  
ماعد التقنين الأردني ، فان الإيجار لا يقد حق المالك في التصرف ،  
وذلك تيسيراً للتعامل ومراعاة لظروف المجتمع . وهذا هو مذعب  
الحنابلة . فقد جاء في المادة ٥٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية ما يأتي  
للمؤجر بيع المين المؤجرة من المستاجر أو غيره قبل حلول مدة  
الإجازة أو في انقائها والإجرة من حين البيع للمشتري . .

#### ( مادة ٥٩٧ )

١ - لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية المين المؤجرة ولم يكن الإيجار  
نافذاً في حقه أن يجبر المستاجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك  
في المواعيد المبينة في المادة ٥٥٦ .

٢ - فإذا نه من انتقلت إليه الملكية على المستاجر بالإخلاء قبل  
انقضاء الإيجار ، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستاجر تعويضاً ، مالم  
يتفق على غير ذلك . ولا يجبر المستاجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى  
التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو  
بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض .

هذه المادة تطابق المادة ٦٠٥ من التقنين الحالي ، مع إضافة  
عبارة « من انتقلت إليه الملكية » في بداية الفقرة الثانية .

وتتفق مع المادة ٧٨٧ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٦٠٨ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع النهدي للتقنين  
الحالي ( م ٨٠٨ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٢ و ٥٩٣ .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع النهدي للتقنين  
الحالي ( م ٨٠٢ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٧٩ .

#### ( مادة ٥٩٦ )

١ - إذا انتقلت ملكية المين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى خلف  
خاص ، فلا يكون الإيجار نافذاً في حقه إلا إذا كان يعلم به وقت انتقال  
المين إليه ، أو كان للإيجار تاريخ ثابت قبل التصرف الذي نقل  
الملكية .

٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يتمسك بعقد الإيجار ، ولو كان  
هذا العقد غير نافذ في حقه .

هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة ٦٠٤ من التقنين الحالي  
التي تنص على ما يأتي :

« ١ - إذا انتقلت ملكية المين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص  
آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له  
تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية .

٢ - ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ،  
ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه . .

وقد أدخلت على هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استبدلت عبارة « إلى خلف خاص » في الفقرة الأولى بعبارة  
« إلى شخص آخر » ، لأن المقصود هو الخلف الخاص .

٢ - أضيفت حالة أخرى تكون الإيجار فيها نافذاً في حق الخلف  
الخاص ، وهي حالة ما إذا كان الخلف يعلم بالإيجار وقت انتقال  
المين إليه . وذلك إلى جانب الحالة المذكورة في النص ، وهي حالة  
ما إذا كان للإيجار تاريخ ثابت قبل التصرف الذي نقل الملكية . وعلة  
هذه الإضافة أن الخلف الخاص لا يجوز له أن يتمسك بقاعدة عدم  
ثبوت التاريخ إلا إذا كان حسن النية ، أي لا يعلم بسبق تأجير المين .  
إذ أن حكم ثبوت التاريخ استثناء قصد منه إلى حماية الغير من خطر  
تقديم التاريخ غشياً وإضراراً به . فإذا كان هذا الغير يعلم بأسبقية  
الحق الذي يحتج به عليه ، فانه لا يكون في حاجة إلى الحماية . وعليه  
إذا كان الخلف الخاص يعلم بسبق تأجير المين ، فلا يحق له أن يتمسك  
بعدم ثبوت تاريخ الإيجار .

٣ - استبدلت في الفقرة الثانية عبارة « يجوز للخلف الخاص »

بعبارة « ومع ذلك يجوز لمن انتقلت الملكية » . إذ أن عبارة « ومع  
ذلك » تفيد أن الأمر يتعلق باستثناء يرد على حكم الفقرة الأولى .  
والحققة في ذلك . فليس هناك استثناء في هذا الصدد ، إنما زيادة

الأمر بتطبيق لقاعدة عامة تشمل جميع الأحكام التي تنقرر لحماية  
الشخص . ومقتضى هذه القاعدة أن الحماية التي تنقرر للشخص  
تمنح له ولا تفرض عليه : فهي تفيد ولا تضره ، إذ هي حق له وليست

بإحسان عليه ، أن شاء تمسك بها وإن شاء تركها . وعليه يحوز للخلف  
الخاص وفقاً لهذه القاعدة أن يتمسك بعقد الإيجار ، ولو كان هذا  
العقد غير نافذ في حقه ، إذا قدر أن ذلك في مصلحته .



والسند الشرعي للمادة المقترحة ان ما جاء بها من احكام يعتبر تنظيما بملكه ولي الامر مراعاة لظروف التعامل ، مادام ان للمالك حق التصرف في ملكه رغم وجود الإيجار ، وذلك حتى لا يهاجبا المستأجر بالاخلاء فتتاح له مهلة معقولة، ولكن يعض عن الضرر الذي يلحقه من جراء انتهاء عقد الإيجار قبل انقضاء مدته .

#### ( مادة ٥٩٨ )

١ - اذا كان الإيجار نافذا في حق من انتقلت اليه الملكية او لم يكن نافذا ولكن تمسك هو به . فانه يحل محل المؤجر في جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق والتزامات .

٢ - ومع ذلك لا يجوز للمستأجر ان يتمسك بما عجله من الاجرة في مواجهة من انتقلت اليه الملكية اذا اثبت هذا ان المستأجر وقت الدفع كان يعلم بانتقال الملكية او كان من المفروض حتما ان يعلم به . فاذا عجز من انتقلت اليه الملكية عن الاثبات ، فلا يكون له الا الرجوع على المؤجر .

الفقرة الاولى من هذه المادة مستحدثة . وهي تطابق الفقرة الاولى من المادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (١/٨٠٩م) . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ولكن رؤى اضافتها لبيان المعنى المقصود من نفاذ الإيجار في حق من انتقلت اليه الملكية ، سواء في هذه المادة او في المادتين السابقتين ، وهو ان ينصرف اثر العقد اليه فيحل محل المؤجر في حقوقه والتزاماته . ذلك ان هناك فارقا بين نفاذ العقد في حق شخص وانصراف اثر العقد الى هذا الشخص . نفاذ العقد في حق شخص يعني ان هذا الشخص يلتزم باحترام العقد ، ولكنه لا يصبح طرفا فيه ، وبالتالي لا تنتقل اليه الحقوق والتزامات التي تنشأ منه . ولو طبقنا هذا المعنى على الحالة التي نحن بصدددها ، فان الخاف الخاص لا يلتزم الا باحترام الإيجار وعدم اخراج المستأجر ، فلا يصبح طرفا في العقد ، وبالتالي لا تنتقل اليه الحقوق والتزامات التي تنشأ منه . اما انصراف اثر العقد الى شخص فانه بمنزلة هذا الشخص يصبح طرفا في العقد ، فتنقل اليه الحقوق والتزامات التي تنشأ منه . وهذا هو المعنى المقصود قبيما نحن بصددده ، حيث تنتقل الى الخلف الخاص الحقوق والتزامات التي تنشأ عن عقد الإيجار . ومع ذلك فكثيرا ما يستعمل اللفظ والتشريع عبارة « نفاذ العقد » بمعنى انصراف اثر العقد . ومن الأمثلة على ذلك في المشروع ما يقصد بنفاذ العقد انه يوقف اذا لحقته الاجازة . نفاذ العقد في هذه الحالة يقصد به انصراف اثر العقد . وقد رؤى عام ٢٠٢٠م هذا المصطلح ، باعتبار ان معناه يتحدد في بيان الاحكام الخاصة بالاضام .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتطابق المادة ٦٠٦ من التقنين الحالي . مع تعديلات لفظية .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٨٨ من التقنين العراقي . وتتفق مع المادة ٦٠٩ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمادة المقابلة في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (٨٠٩ م) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٢ و ٥٩٣ .

والسند الشرعي للمادة المقترحة هو تحقيق مصلحة ودفع مفدة . اما المصلحة فتتحقق بما تقرره الفقرة الاولى من بيان لموقف المستأجر في مواجهة من انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة . واما دفع المفدة فتتكفل به الفقرة الثانية للحيلولة دون وقوع غش او تواطؤ بين المستأجر والمؤجر في تعجيل الاجرة .

#### ( مادة ٥٩٩ )

١ - اذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب انتهاء العقد قبل انقضاء مدته اذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها ان تجعل تنفيذ الإيجار من مبدا الامر او في أثناء سريانه مرهقا ، على ان تراعى من يطلب انتهاء العقد مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ ، وعلى ان يعرض الطرف الآخر تعويضا عادلا .

٢ - فاذا كان المؤجر هو الذي يطلب انتهاء العقد ، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض او يحصل على تأمين كاف .

هذه المادة تطابق المادة ٦٠٨ من التقنين الحالي .

وهي تنضم تطبيقا تشريعا خاصا لنظريه الحوادث الطارئة المتسوس عليها في المادة ١٥٠ من المشروع .

وتتفق مع المادة ٧٩٢ من التقنين العراقي .

وتتفق مع المادة ٧١٠ من التقنين الاردني .

وتتفق مع المادة ٦١٠ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الايضاحية للمص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي (٨١٢ م) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٨ و ٥٩٩ .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة مأخوذ من الفقه الاسلامي الذي يأخذ بمبدا انتهاء الإيجار بالعدو الطاريء . فقد نصت المادة ٤٤٣ من المجلة على انه « لو حدث عذر مانع لاحراء موجب العقد تنفسخ الاجاره » .

اما وجوب التعويض على المؤجر اذا كان هو الذي يطلب انتهاء العقد ، فسند الشرعي تلك القاعدة الاساسية في الشريعة الاسلامية التي تقول : « لا ضرر ولا ضرار » .

#### ( مادة ٦٠٠ )

١ - لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .

٢ - ومع ذلك اذا مات المستأجر ، جاز لورثته ان يطلبوا انتهاء العقد اذا اثبتوا انه بسبب موت مورثهم أصبحت اعباء العقد اثقل من ان يتحملها موردهم ، واصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تتفق مع المادة ٦٠٢ من التقنين الحالي التي تنص على انه «إذا لم يعقد الإيجار الا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه : ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد» .

وقد ادخلت على هذه المادة تعديلات لفظية على النحو الوارد في المادة المقترحة . كما اضيف اليها ما يفيد مراعاة مواعيد التنبيه بالاخلاء عند طلب إنهاء العقد . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي ( م ٨٠٥ ) العبارة الآتية : « والاولى أن يكون ذلك بعد التنبيه بالاخلاء في المواعيد المبينة بالمادة ٧٦١ (م) ٥٦٣ مديني » . ولكن اللجان المختلفة التي مر بها المشروع لم تدخل تعديلا على النص بهذا المعنى .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٦١٢ من التقنين الكويتي .

وتتفق مع المادة ٧٨٤ من التقنين العراقي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٨٠٥ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٨١ و ٥٨٢ .

وموت المستأجر في حكم المادة المقترحة يمكن اعتباره علوا طارئا -سوغ إنهاء الإيجار ، وهو المبدأ الذي طبق في المادة السابقة ، وهو مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبق القول .

#### ( مادة ٦٠٢ )

١ - لا يترتب على افسار المستأجر ان تحل اجرة لم تستحق .

٢ - ومع ذلك يجوز للمؤجر ان يطلب إنهاء الإيجار اذا لم تقدم له في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالاجرة التي لم تحل ، وكذلك يجوز للمستأجر اذا لم يرخص له في النزول عن الإيجار أو في الإيجار من الباطن ان يطلب الإنهاء على ان يدفع تعويضا عادلا . وفي هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠٣ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا يترتب على افسار المستأجر ان تحل اجرة لم تستحق .

٢ - ومع ذلك يجوز للمؤجر ان يطلب فسخ الإيجار اذا لم تقدم له في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالاجرة التي لم تحل ، وكذلك يجوز للمستأجر اذا لم يرخص له في التنازل عن الإيجار أو في الإيجار من الباطن ان يطلب الفسخ على ان يدفع تعويضا عادلا .

وقد ادخلت على الفقرة الثانية من هذه المادة التعديلات الآتية :

١ - استبدلت كلمة « إنهاء » بكلمة « فسخ » . واستبدلت كلمة « الإنهاء » بكلمة « الفسخ » . واستبدلت كلمة « النزول » بكلمة « التنازل » .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠١ من التقنين الحالي التي تنص على ما يأتي :

١ - لا تنتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .

٢ - ومع ذلك اذا مات المستأجر : جاز لورثته ان يطلبوا إنهاء العقد اذا أثبتوا انه بسبب موت مورثهم أصبح تعاقب العقد اقل من ان تنحلها مواردهم . أو أصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٥٦٣ : وان يكون طلب إنهاء العقد في مدة سنة اشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر .

وقد رؤى ان تحذف العبارة الأخيرة من هذه المادة ، وهي التي تتطلب « ان يكون طلب إنهاء العقد في مدة سنة اشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر » . اذ ان هذه المدة قد لا تكون كافية لتدبير الورثة امرهم فيها . ولكن يجب على الورثة الا يتأخروا في هذا الطلب دون مبرر . حتى لا يحمل تأخرهم على انه نزول منهم عن حقهم في إنهاء العقد .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٠٩ من التقنين الاردني .

وتتفق مع المادة ٦١١ من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة ٧٨٣ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٦٠١ من التقنين المصري الحالي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٨٠٤ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٨١ و ٥٨٢ .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع مذاهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، ففي هذه المذاهب لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر . وبخالف مذهب أبي حنيفة ، ففي هذا المذهب تنص المادة ٦٤٧ من مرشد الحيران على ان « تنسخ الاجارة بموت المؤجر أو بموت المستأجر اذا عقدها لنفسه لا لغيره بالتوكيل عنه » . كما نصت المادة ٣٣٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة على ان « تنسخ الاجارة بموت أحد طرفيها اذا عقدها لنفسه » . انظر في هذا : ابن عابدين ج ٥ ص ٧٠ و ٧١ ، ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٠٠ و ٤٠١ .

اما حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة فهو يطبق لمدا إنهاء الإيجار بالامدر الطاريء الذي تناوله المادة السابقة ، وهو مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبق القول .

#### ( مادة ٦٠١ )

اذا مات المستأجر ، ولم يكن الإيجار قد عقد الا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، جاز لورثته أو للمؤجر ان يطلبوا إنهاء العقد . وفي هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ .

في حالة ما اذا اقتضى عمله ان يغير محل اقامته . ونظرا الى هذا الاعتبار ورد في المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي (٨١٣م) اقتراح بحذف هذه العبارة ( مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٠١ في الهامش ) . ولكن اللجان التي مر بها المشروع لم تدخل هذا التعديل .

والمادة المقترحة تنص مع المادة ٦١٣ من التقنين الكويتي .  
وتقابل المادة ٧٩٣ من التقنين العراقي .

ويعتبر انقضاء عمل المستاجر تغيير محل اقامته عملا طارئا يسوغ انتهاء الاجار . والمدر الطارئ مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبق القول .

#### ( مادة ٦٠٤ )

١ - لا يجوز للمؤجر ان يطلب انتهاء الاجار قبل انقضاء مدته ، حتى لو احتاج العين المؤجرة لسكنائه او لاستعماله الشخصي ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ - فاذا اتفق على انه يجوز للمؤجر ان ينهي العقد اذا جدت له حاجة شخصية للعين ، وجب عليه في استعمال هذا الحق ان ينبه على المستاجر بالاخلاء في المواعيد المبينة في المادة ٥٥٦ .

الفقرة الاولى من هذه المادة مستحدثة ، وهي تتفق مع الفقرة الاولى من المادة ٨١٠ من المشروع التمهيدي التقنين الحالي التي تنص على انه « لا يجوز للمؤجر ان يطلب فسخ الاجار قبل انقضاء مدته ، حتى لو اعلن انه يريد سكني العين المؤجرة بنفسه ، او بردها لاستعماله الشخصي ، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » . ولكن حدثت هذه الفقرة في لجنة المراجعة على ان يكون حكمها معبروما ضمنا مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٦ .

وقد رؤى النص على هذا الحكم في الفقرة الاولى من المادة المقترحة . نظرا الى انه يتضمن القاعدة في هذا الصدد . حيث تقضي هذه القاعدة بانه اذا جدت للمؤجر حاجة شخصية للعين كان احتاج اليه . لسكنائه او لاستعماله الشخصي ، فان هذا لا يعتبر عملا طارئا يسوغ انتهاء الاجار .

اما الفقرة الثانية من المادة المقترحة فتتفق مع المادة ٦٠٧ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا اتفق على انه يجوز للمؤجر ان ينهي العقد اذا حدث له حاجة شخصية للعين ، وجب عليه في استعمال هذا الحق ان ينبه على المستاجر بالاخلاء في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ، ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك » . وقد رؤى حذف العبارة الاخيرة في هذا النص ، وهي التي تحيز الاتفاق على ما يخالف مواعيد التنبيه بالاخلاء . وذلك اتسافا مع ما هو مقرر في حالات انتهاء العقد الاخرى .

ذلك ان حكم الفقرة الاولى ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق ما يخالفه ، وفي هذه الحالة يجب ان تراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء .

والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٨٩ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٨١٠ من المشروع للتقنين الحالي .

٢ - اضيفت العبارة الاخيرة التي تفيد مراعاة مواعيد التنبيه بالاخلاء عند طلب انتهاء العقد .

وحكم الفقرة الاولى من المادة المقترحة يستبعد تطبيق القواعد العامة التي تقضي بسقوط الاجل اذا ثبت اعسار المدين بان كانت امواله لانقضى بديونه الحالة ( م ٢٦١ / ١ من المشروع ) . فمقتضى هذه القواعد ان افراط الاحرة التي لم تستحق تحمل جميعها ؛ اذ هي دين مؤجل . ولكن المشروع عطل هذا الاثر رافة بالمستاجر ، حيث قضى بان اعساره لا يترتب عليه ان تحمل اجرة لم تستحق .

ولكن نظرا الى ان اعسار المستاجر قد يؤدي الى عجزه عن دفع الاجرة ، اجازت الفقرة الثانية لكل من المؤجر والمستاجر ان يطلب انتهاء الاجار قبل انقضاء مدته . ويعتبر الاعسار في حكم هذه الفقرة عملا طارئا يسوغ هذا الحكم ؛ والمدر الطارئ مأخوذ من الفقه الاسلامي كما سبق القول .

والمادة المقترحة تقابل المادة ٧٨٥ من التقنين العراقي التي تطابق المادة ٦٠٣ من التقنين المصري الحالي .

انظر المذكرة الايضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٨٠٦ ) في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٨٦ .

#### ( مادة ٦٠٣ )

يجوز للمستاجر ، اذا اقتضى عمله ان يغير محل اقامته ، ان يطلب انتهاء اجار مسكنه اذا كان هذا الاجار ضمن المدة ، على ان يراعى مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٥٥٦ .

هذه المادة تقابل المادة ٦٠٩ من التقنين الحالي التي تنص على انه « يجوز للموظف او المستخدم . اذا اقتضى عمله ان يغير محل اقامته ، ان يطلب انتهاء اجار مسكنه اذا كان هذا الاجار ضمن المدة ؛ على ان يراعى المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ، ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك » .

وقد ادخل على هذه المادة التعديلات الاتية :

١ - استبدلت عبارة « يجوز للمستاجر » بعبارة « يجوز للموظف او المستخدم » . فلا يقتصر الحكم على الموظف والمستخدم ، بل يشمل كل مستاجر ، سواء كان من العاملين او من غيرهم . اذ ان هذا هو الذي يتفق مع فكرة المدر الطارئ الذي يسوغ انتهاء الاجار ، حيث يمكن ان يقوم هذا المدر لدى مستاجر من غير العاملين .

٢ - حذفت العبارة الاخيرة التي تفيد بطلان كل اتفاق على خلاف الحكم . اذ ان بطلان مثل هذا الاتفاق قد يكون ضد مصلحة الموظف ، فيمنع الملاك من ان يؤجروه مسكنا اذا تبين لهم انهم لا يستطيعون توقي انتهاء الاجار قبل انقضاء مدته . وبذلك يستطيع المستاجر ان يرفع عن نفسه الحرج اذا رضى ان ينزل عن حقه في انتهاء الاجار

## الفرع الثاني

### بعض انواع الإيجار

#### نظرة عامة :

هناك انواع من الإيجار خصها القانون ببعض احكام تتلاءم مع طبيعتها ، او تستجيب لفرض اجتماعي . وهي الإيجار العادي للأرض الزراعية . والمزارعة . وإيجار الوقف . وإيجار الاماكن .

والإيجار العادي للأرض الزراعية يخضع في الاصل للاحكام العامة في عقد الإيجار . ولكن التقنين المدني الحالي خصه ببعض احكام تتلاءم مع طبيعته . كما ان قانون الاصلاح الزراعي اتى بأحكام هامة في تنظيم العلاقة بين مستأجرى الأرض الزراعية ومالكها عدلت في بعض النواحي الاحكام العامة التي تسري على هذا الإيجار . وقد روى النص في المشروع على اهم الاحكام العامة في هذا الصدد . سواء ما جاء فيها في التقنين الحالي وما نص عليه قانون الاصلاح الزراعي ، وترك ما عدا ذلك لهذا القانون الاخير . لا سيما وان الكثير من مواعيد هذا القانون قد تكون عرصة للتعبير بحسب ظروف المجتمع .

والمزارعة كذلك حصها التقنين المدني الحالي ببعض احكام تنفق مع الخصائص التي تتميز بها عن الإيجار العادي . كما عرض لها قانون الاصلاح الزراعي . وسار المشروع في تنظيمها على الطريقة ذاتها التي اتبعها في الإيجار العادي للأرض الزراعية .

وإيجار الوقف استمد التقنين الحالي احكامه من اشريعة الاسلام ، باعتبارها مصدر النظام القانوني للوقف . ولذلك اتى المشروع على هذه الاحكام .

اما إيجار الاماكن الذي نظم فيه الشارع العلاقة بين المؤجر والمستأجر لمواجهة أزمة المساكن ، فقد روى تركه للقوانين الخاصة التي اضطر الشارع الى تعديلها مرات عديدة في فترات قصيرة مراعاة للظروف الاجتماعية التي كثيرا ما يستتعي عليه إيجاد الحلول الملائمة لها .

#### إيجار الأراضي الزراعية .

#### ( مادة ٦٠٦ )

إذا استؤجرت الأرض الزراعية ، نقدا او مزارعة ، مدة سنة او عدة سنوات ، كان للمستأجر ان يزرعها دورة زراعية سنوية او عدة دورات .

هذه المادة تنفق مع المادة ٦١٢ من التقنين الحالي التي تنص على انه « اذا ذكر في عقد إيجار الأرض الزراعية ان الإيجار قد عقد لسنة او لعدة سنوات ، كان المقصود من ذلك انه قد عقد لدورة زراعية سنوية او لعدة دورات » .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٨١٠ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٦ .

#### ( مادة ٦٠٥ )

١ - إذا لم يباشر المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، أو لم ينتفع بها الانتفاعا ناقصا ، وكان ذلك راجعا الى خطئه او الى امر يتعلق بشخصه ، فانه يبقى ملزما بالإيجار وبالوفاء بما يفرضه عليه العقد من التزامات ، مادام المؤجر قد وضع العين تحت تصرفه في حالة صالحة للانتفاع المتفق عليه .

٢ - وفي هذه الحالة يجب على المؤجر ان يستنزل من الأجرة قيمة ما اقتصده من وراء عدم انتفاع المستأجر بالعين ، وقيمة ما حققه من نفع من وراء استعماله للعين في أغراض أخرى .

هذه المادة تطابق المادة ٨١١ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي . فيما عدا استبدال عبارتي « اذا لم يباشر المستأجر انتفاع بالعين المؤجرة » او « لم ينتفع بها الا انتفاعا ناقصا » في بدايه الفقرة الأولى بعبارتي « اذا لم يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة » او « كان انتفاعه بها ناقصا » . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لاستحسان جنسها من الفوائد العامة . ويكن روى من الاصل النص على هذا الحدم توضيحا للحل .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٧٩١ من التقنين العراقي .

وتطابق المادة ٦١٥ من التقنين الكويتي .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م ٨١٢ ) في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٩٥ و ٥٩٦ في الهامش .

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامي . فقد نصت المادة ٤٧٩ من المجلة على أن « من استأجر حانوتا وفبضه ، لم يرض للبيع والنراء كسد . ليس له ان يمنع عن اعطاء كراء تلك المدة بقوله ان الصنعة ماراجت والدكان بفي مسدودا » . ونصت المادة ٥٧٢ من مرشد الحيران على انه « يجب الأجرة في الاجارة الصحيحة بتسليم العين المؤجرة للمستأجر واستيعائه المنفعة فعلا او بتسليمه من استيفائها بتسليمها له ولو لم يستوفها . فان قبض المستأجر الدار المؤجرة فارغة من متاع المؤجر ، لزمه اجرتها ولو لم يسكنها » .

وحكم الفقرة الثانية يفره الفقه الاسلامي : لان العدالة توجب أن يستنزل من الأجرة مقدار ما استفادة المؤجر من عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة .

## ( مادة ٦٠٨ )

١ - يجب ان يكون عقد الإيجار ، نقدا او مزارعة ، ثابتا بالكتابة ايا كانت قيمته . ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل توقع من أطرافه ، ويحفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها ، وتودع نسخة أخرى مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة في القرية الكائنة في زمامها الاطيان المؤجرة ، فاذا لم توجد جمعية في تلك القرية اودعت مقر الجمعية التعاونية الزراعية المشتركة في المركز التابعة له القرية . ويقع عبء الالتزام بالإيداع على المؤجر .

٢ - واذا امتنع المؤجر عن الإيداع ، او امتنع احد الطرفين عن توقيع عقد الإيجار ، وجب على الطرف الآخر ان يسلغ ذلك الى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة لاتخاذ الاجراءات التي ينص عليها القانون في هذه الحالة .

٣ - ولا تسمع الدعاوى الناشئة عن عقد الإيجار اذا لم يكن العقد ثابتا بالكتابة . واذا كان عقد الإيجار مكتوبا ، ولم تودع نسخة منه مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، فلا تسمع الدعاوى الناشئة عنه ممن اخل بالالتزام بالإيداع .

هذه المادة تتفق مع المواد ٢٦ و ٢٦ مكرر و ٢٦ مكرر ( ١ ) و

٢٦ مكرر (ب) من قانون اصلاح الرراعى .

نقد نصت المادة ٢٦ من هذا القانون على ما يلى :

« يجب ان يكون عقد الإيجار . مزارعة او نقدا . ثابتا بالكتابة ايا كانت قيمته . وكذلك كل اعاق على استغلال اراض زراعية ولو كان لزعة واحدة .

ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الاقل توقع من اطرافه ، ويحفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها وتودع نسخة أخرى بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة في القرية الكائنة في زمامها الاطيان المؤجرة ، فاذا لم توجد جمعية في تلك القرية فيكون الإيداع بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة في المركز التابعة له القرية . ويقع عبء الالتزام بالإيداع على المؤجر ( معدله بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٢ والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ ) .

ونصت المادة ٢٦ مكرر على ما يلى :

« اذا امتنع المؤجر عن ايداع عقد الإيجار بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، او اذا امتنع احد الطرفين عن توقيع عقد الإيجار ، وجب على الطرف الآخر ان يبلغ ذلك الى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

وعلى رئيس مجلس ادارة الجمعية او من ينوبه المجلس في ذلك ان يحبل الأمر الى لجنة الفصل في المنازعات الزراعية ، وعلى اللجنة ان تتحقق من قيام العلاقة الإيجارية ومن نوعها بكافة طرق الاليات . فاذا ثبت لها قيام العلاقة الإيجارية اصدرت قرارا بذلك وكلفت رئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بتحرير العقد وتوقيعه نيابة عن الطرف المتنتع . وتسلم نسخة من هذا العقد

ذلك ان مدة ايجار الأرض الزراعية تحسب بالسنتين الزراعية ، والسنة الزراعية غير السنة التقويمية . مهي نحلف عنها من حيث الابتداء ومن حيث الانتهاء . وذلك سواء كان الإيجار مدد او مزارعة . والمادة المقترحة تتفق مع المادة ٧٩٩ من المئين العراقى .

وتتفق مع المادة ٦١٨ من المئين الكويتى .

وتتفق مع ما يقرره الفقه الاسلامى . فقد نصت المادة ٦٥٦ من مرشد الحيران على ان « من استأجر أرضا سنة ليرور فيها ما شاء فله ان يزرعها زرعين شتويا وصيفيا » .

## ( مادة ٦٠٧ )

١ - يكون تاجير الأرض الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه .

٢ - فلا يجوز لمستأجر هذه الأرض ، نقدا او مزارعة ، ان يؤجرها من الباطن او ان ينزل عن الإيجار للغير ، والا كان عقد الإيجار الاصلى باطلا ، وكذلك عقد الإيجار من الباطن او النزول عن الإيجار .

هذه المادة تتفق مع المادة ٢٢ نعره اولى من قانون الاصلاح الرراعى التى نص على ما يالى :

« يكون تاجير الارض الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه . ولا يجوز للمستأجر تاجيرها من الباطن او النزول عن الإيجار او مشاركته فيها .

ويقع باطلا كل تعاقد يتم بالمخالفة للحكم المتقدم . ويشمل البطلان ايضا العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر الاصلى « ( معدلة بالقانون رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٥١ والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ ) .

فالفقره الاولى من النص المقترح : وما يقابلها في قانون الاصلاح الزراعى . نص امر ، ومن ثم يكون الجزاء على مخالفته هو البطلان .

ويتقتضى اعمال هذا النص ان يحرم على المستأجر التاجير من الباطن او النزول عن الإيجار . فان خالف هذا المنع . كان الجزاء هو بطلان عقد الإيجار الاصلى ، ويسقط بطلانه الإيجار من الباطن او النزول عن الإيجار . وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الثابته من المادة المقترحة ، وما يقضى به كذلك قانون الاصلاح الزراعى .

وهذا السارح من تحريم تاجير الأرض الزراعية الا لمن يتولى زراعتها بنفسه هو منع استغلال الوسطاء للفلاحين . وهذا التحريم يشمل الإيجار العادى والإيجار بطريق المزارعة ، ويسرى بالنسبة الى الحقول والى الحدائق . وهو يعتبر منعا من التصرف فرضه القانون وجعله من النظام العام لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة .

والسند الشرعى للمادة المقترحة ان الهدف منها منع استغلال الوسطاء للفلاحين ، ومن ثم فانها تستند الى اعتبارات تتعلق بمصلحة اجتماعية عامة .

والسند الشرعي للمادة المقترحة ان تدوين التعامل في محرر امر مندوب اليه شرعا قطعاً للنزاع . وقد جاء في الآية الكريمة : « يا ايها الذين آمنوا اذا تدابنتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه » .

#### ( مادة ٦٠٩ )

١ - مع عدم الاخلال بالفوائد المقررة في الالابات ، يجب على المؤجر ان يقبل ، بوفاء بلا استجره من المستاجر وان يعطيه مخلصه عن كل مبلغ يؤديه منها ، والا كان للمستاجر ان يبرئ ذمته بان يودع الاجرة على ذمة المؤجر . الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل ائصال او يودعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

وعلى رئيس الجمعية او من ينوب عنه ان يعرض المبلغ المودع على المؤجر او وكيله في التحصيل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول خلال اسبوع من تاريخ الابداع ، فاذا رفض المؤجر او وكيله تسليم المبلغ المودع خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بالعرض اودعت الجمعية المبلغ على ذمة المؤجر خزانة المحكمة المختصة واخطرت كلا من المؤجر والمستاجر بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

٢ - وفي حالة الایجار بطريق المزارعة اذا امتنع المؤجر او وكيله عن محاسبة المستاجر وتسليم نصيبه في المحصول ، كان للمستاجر ان يخطر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بذلك كتابة .

وعلى رئيس الجمعية او من ينوب عنه ان يبلغ شكوى المستاجر الى المؤجر او الى وكيله بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول خلال اسبوع من تاريخ الاخطار . فاذا لم يتم المؤجر او وكيله بمحاسبة المستاجر وتسليم نصيبه في المحصول خلال اسبوع من تاريخ ابلاغه بشكوى المستاجر ، تولت الجمعية بيع المحصول ومحاسبة المستاجر واودعت نصيب المؤجر خزانة المحكمة المختصة واخطرت المؤجر او وكيله بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

هذه المادة تنفق مع المادتين ٣٦ مكرر ( و ) و ٣٦ مكرر ( ز ) من قانون اصلاح الزراعي المضافتين بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ والمعدلتين بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ .

نقد نصت المادة ٣٦ مكرر ( و ) من هذا القانون على ما ياتي :

« مع عدم الاخلال بالقواعد العامة في الالابات يجب على المؤجر ان يسلم الى المستاجر مخلصاً مكتوبة عن كل مبلغ يؤديه اليه من الاجرة . ولا يجوز للمؤجر توكيل الغير في تحصيل اجرة الا اذا قام بتعيين الوكيل في عقد الایجار ، فاذا اخفأ هذا الوكيل بعد تحرير العقد وايداعه الجمعية التعاونية الزراعية المختصة وجب عليه ان يبلغ كلا من المستاجر والجمعية باسم الوكيل خلال اسبوع من تاريخ توكيله وذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وجبرا ذمة المستاجر اذا اوفى بالاجرة الى المؤجر او وكيله » .

الى كل من طرفيه وتودع نسخة اخرى منه بالجمعية مع صورة رسمية من قرار اللجنة . ويكون هذا العقد ملزماً للطرفين . ( مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ ) .

ونصت المادة ٣٦ مكرر ( ا ) على ما ياتي :

« وفي حالة ثبوت العلاقة الایجارية وفقا لحكم المادة السابقة يلتزم الطرف الممتنع عن ايداع العقد او توقيعه بان يؤدي الى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مصاريف ادوية من سنة زراعية واحدة تعادل ١ ٪ من الاجرة السنوية للمين المؤجر مقدرة على اساس سبعة امثال الضريبة العقارية الاصليه المفروضة عليها .

ويعاقب بالحبس كل مؤجر يمتنع عمدا عن تحرير عقد الایجار وفقا لحكم المادة ٣٦ او يمتنع عن ايداع العقد بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة دون سبب مشروع .

كما يعاقب بالعقوبة ذاتها كل مؤجر او مستاجر يمتنع عمدا عن توقيع عقد الایجار . ( مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ ) .

ونصت المادة ٣٦ مكرر ب على ما ياتي :

« لا يقبل المنازعات والدعوى الناشئة عن ايجار الاراضي الزراعية ، مزارعة او تقدا ، امام اية جهة ادوية او قضائية ما لم يكن عقد الایجار مودعا بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

« فاذا كان عقد الایجار مكتوباً . ولم تودع نسخة منه بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، ولا تقبل المنازعات والدعوى الناشئة عن هذا العقد ممن اخل بالالتزام بالابداع » ( مضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ومعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ ) .

فيمنعنى المادة المقترحة يجب ان يكون عقد الایجار . تقدا او مزارعة . ثابتا بالكتابة ايا كانت قيمته . والكتابة هنا مطلوبة للالابات لا للانقاد . وحتى تستوى الكتابة المطلوبة يجب ان يحرر العقد من ثلاث نسخ على الاقل توضع من اطرافه ، وتعطى نسخة منها لكل من المتعاقدين ، وتودع الثالثة بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة في القرية ، فاذا لم توجد جمعية في القرية اودعت بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة في المركز التابعة له القرية .

ويقع على المؤجر واجب الابداع .

وفي حالة امتناع المؤجر عن الابداع ، او امتناع احد الطرفين عن توقيع عقد الایجار ، فقد رسم قانون اصلاح الزراعي اجراءات ترمى الى جعل الجمعية التعاونية الزراعية مشرفة على تحرير عقود الایجار والاحتفاظ بصورة منها ، وذلك على النحو المنصوص عليه في المادة ٣٦ مكرر السابقة الذكر .

فاذا لم يكن عقد الایجار ثابتا بالكتابة على هذا النحو او ذلك ، فلا تسمع الدعوى الناشئة عنه . وفي هذا الجراء ما يكفى لحمل الطرفين على تحرير عقد الایجار وابداع نسخة منه .

ونصت المادة ٢٦ مكرر ( ز ) على ما يأتى :

« إذا امتنع المؤجر أو وكيله عن تسلم الأجرة ، أو إذا امتنع إيهما عن تسليم المستاجر مخالصة مكتوبة عما يؤديه من الأجرة : كان للمستاجر أن يودع الأجرة على دمه المؤجر في الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل ائصال من الجمعية : أو يودعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وعلى رئيس مجلس إدارة الجمعية أو من يكلفه المجلس بذلك من أعضائه أن يعرض المبلغ المودع على المؤجر أو وكيله في التحصيل بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول . وذلك خلال اسبوع من تاريخ الإيداع . فإذا رفض المؤجر أو الوكيل تسلم المبلغ المودع خلال اسبوع من تاريخ البلاغ بالعرض أودعت الجمعية المبلغ على ذمة المؤجر خزانة المحكمة الجزئية الواقعة في دائرة اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية ، وتخطر الجمعية في هذه الحالة كلا من المستاجر والمؤجر بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وفي حالة الإيجار بطريق المزارعة إذا امتنع المؤجر أو وكيله عن محاسبته المستاجر وتسليم نصيبه في المحصول . كان للمستاجر أن يخطر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بذلك كتابه .

وعلى رئيس مجلس إدارة الجمعية أو من يكلفه المجلس بذلك من أعضائه أن يبلغ شكوى المستاجر إلى المؤجر أو إلى وكيله بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول . وذلك خلال اسبوع من تاريخ الاخطار .

فإذا لم يتم المؤجر أو وكيله بمحاسبة المستاجر وتسليم نصيبه في المحصول خلال اسبوع من تاريخ البلاغ بشكوى المستاجر ، قامت الجمعية ببيع المحصول ومحاسبة المستاجر وأودعت نصيب المؤجر حرانه المحكمة الجزئية الواقعة في دائرة اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية وتخطر المؤجر أو وكيله بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وفي جميع الأحوال يعتبر الإيداع ميراثاً لدمه المستاجر بمقدار ما تم إيداعه من الأجرة . »

وحكم الفقرة الأولى من المادة المقترحة يقصد به المحافظة على حقوق المستاجر وتمكينه من توفير الدليل على وفائه بالأجرة أو بأى مبلغ يؤديه منها . حيث يجب على المؤجر أن يقبل الوفاء بالأجرة من المستاجر وأن يعطيه مخالصة بأى مبلغ يؤديه ، فإذا رفض المؤجر قبول الوفاء بالأجرة أو إعائه مخالصة بما دفع ، استطاع المستاجر أن يبرى ذمته بإيداع المبلغ صندوق الجمعية التعاونية الزراعية المختصة . وفي هذه الحالة تنولى الجمعية عرض المبلغ المؤجر ، فإذا رفض تسلمه أودعته خزانة المحكمة .

وإذا كان الإيجار بطريق المزارعة : فإن حكم الفقرة الثانية من المادة المقترحة يقصد به تمكين المستاجر من تصفية حسابه مع المؤجر واخذ نصيبه في المحصول . فإذا امتنع المؤجر عن محاسبة المستاجر ، كان لهذا أن يخطر الجمعية الزراعية المختصة لكي تبلغ شكواه إلى

المؤجر ، فإذا لم يتم المؤجر بعد ذلك بمحاسبة المستاجر تولت الجمعية بيع المحصول ومحاسبة المستاجر وأودعت نصيب المؤجر حرانه المحكمة المختصة .

والسند النعنى للمادة المقترحة أن حكمها يعمد به الحاشية على حقوق المستاجر وقطع دابر ما عسى أن يقع من نزاع بين الطرفين .

#### ( مادة ٦١٠ )

لا يشمل إيجار الأرض الزراعية المواشى والأدوات الزراعية التى توجد فى الأرض الا اذا شرط ذلك فى العقد .

هذه المادة تنفق مع المادة ٦١٠ من التقنين الحالى التى نصت على انه « إذا كانت العين المؤجرة أرضاً زراعية . فلا يكون المؤجر ملزماً بتسليم المواشى والأدوات الزراعية التى توجد فى الأرض الا اذا كان الإيجار يشملها » .

وقد عدلت هذه المادة بعبارة تعطيها على النحو الوارد فى النص المقترح . لابرار اصل الحكم . بإيجار الأرض الزراعية لا يشمل فى اصل ما يوجد فيها من مواشى وأدوات زراعية ثلاث احترت والرى والحصاد . حيث لا تعد من ملحقات الأرض نظراً إلى أهميتها ، ومن ثم لا يشملها الإيجار بمجرد . فإذا أريد أن يشملها الإيجار . وجب أن يذكر ذلك فى العقد . وفي هذه الحالة يكون هناك إيجار للأرض وإيجار أحر للمواشى والأدوات الزراعية . وبترتب على ذلك أن تكون الأجرة قسمين . فسمما منها للأرض وسمما آخر للمواشى والأدوات الزراعية .

والمادة المقترحة تنفق مع المادة ٧٩٨ من التقنين العرفى .

وتنفق مع المادة ١/٧١٥ من التقنين الأردنى .

وتنفق مع المادة ١/٦١٧ من التقنين الكويتى .

والسند النعنى للمادة المقترحة أن حكمها هو ما يجرى به العرب للزراعى .

#### ( مادة ٦١١ )

١ - يلتزم المستاجر بأن يستغل الأرض الزراعية المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب عليه أن يستغلها وفقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف ، وعليه بوجه خاص أن يعمل على أن تبقى الأرض صالحة للإنتاج .

٢ - ولا يجوز له دون رضا المؤجر أن يدخل على الطريقة المتبعة فى استغلالها أى تغيير جوهري يمتد اثره الى ما بعد انتهاء الإيجار .

هذه المادة تنفق مع المادة ٦١٢ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

« ١ - يجب أن يكون استغلال المستاجر للأرض الزراعية موافقاً

بالمعير : حيث يجب على المستأجر ألا يأتى ضرراً بالمؤجر بتغييره في رعايته الموائى أو صيانة الأدوات الزراعية .

( مادة ٦١٢ )

١ - على المستأجر أن يقوم بإجراء الإصلاحات التى يقتضيها الانتفاع بالمساقط بالأرض المؤجرة ، ويلتزم بوجه خاص بتطهير وصيانة الترع والمساوى والمراوى والمصارف ، وكذلك القيام بأعمال الصيانة المعتادة للطرق والجسور والقناطر والأسوار والآبار والمباني المعدة للسكنى أو للاستغلال .

٢ - ما اجراء الإصلاحات التى يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة ، كإقامة المباني والإصلاحات الكبرى للمباني القائمة وغيرها من ملحقات العين والإصلاحات اللازمة للآبار والترع ومجارى المياه والخزانات ، فيلتزم بها المؤجر .

٣ - كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره .

و هذه المادة تنفق مع المادة ٦١٤ من التقنين الحالى التى تنص على ما يأتى :

١ - على المستأجر أن يقوم بإجراء الإصلاحات التى يقتضيها الانتفاع بالمساقط بالأرض المؤجرة ، ويلتزم بوجه خاص بتطهير وصيانة الترع والمساوى والمراوى والمصارف ، وكذلك القيام بأعمال الصيانة المعتادة للطرق والجسور والقناطر والأسوار والآبار والمباني المعدة للسكنى أو للاستغلال ، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره .

٢ - أما إقامة المباني والإصلاحات الكبرى للمباني القائمة وغيرها من ملحقات العين ، فيلتزم بها المؤجر ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك . وكذلك يكون الحكم فى الإصلاحات اللازمة للآبار والترع ومجارى المياه والخزانات .

وقد عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة بالنص فى صدرها على نوع الإصلاحات التى تقع على عاتق المؤجر ، بالمقابلة مع أوع الإصلاحات التى يلتزم بها المستأجر فى صدر الفقرة الأولى . فالمستأجر يلتزم بالإصلاحات التاجيرية ، وهى الإصلاحات التى يقتضيها الانتفاع بالمساقط بالأرض المؤجرة ، والمؤجر يلتزم بالإصلاحات غير التاجيرية ، وهى الإصلاحات التى يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة من الأرض المؤجرة . وقد عدلت الفقرة الأولى أهم الإصلاحات التاجيرية : وعددت الفقرة الثانية أهم الإصلاحات غير التاجيرية : ولبس هذا التعداد أو ذلك على سبيل للحصر .

وأفردت فقرة مستقلة . وهى الفقرة الثالثة فى المادة المقترحة ، لحالة من إذا كان هناك اتفاق أو عرف يقضى بغير الحكم المنصوص عليه فى أى من الفقرتين الأولى والثانية . فإذا وجد اتفاق فى هذا الشأن ، كان هو الواجب الاتباع . وإذا لم يكن هناك اتفاق ، ونجيب الأخذ بما يقضى به العرف . وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف : سرى الحكم المنصوص عليه .

للمقتضىات الاستغلال المألوف . وعلى المستأجر بوجه خاص أن يعمل على أن يبقى الأرض صالحة للإنتاج .

٢ - ولا يجوز له دون رضا المؤجر أن يدخل على الطريق المبيعه فى استغلالها أى تغيير جوهري يحد اثره الى ما بعد انتهاء الإيجار .

وقد أضيف الى الفقرة الأولى من هذه المادة ما يفيد التزام المستأجر بأن يستعمل الأرض المؤجرة على النحو المتفق عليه : إذا كان هناك اتفاق . فإذا اشترط عليه المؤجر أن يتبع نظاما خاصا فى زراعة الأرض . كان ملزما بالتبع هذا النظام فى الزراعة . فهذا هو أول ما يحد به فى استعمال الأرض . فإذا لم يوجد اتفاق فى هذا الشأن . فإن على المستأجر أن يستعمل الأرض وفقا لمقتضىات الاستعمال المألوف بحسب ما أعدد له .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين الحالى م ٨١٧) فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٠٨ و ٦٠٩

والمادة المقترحة تنفق مع المادة ٨٠٤/١ من التقنين العراقى .

وتنقى مع المادة ٧١٨ من التقنين الأردنى .

وتنقى مع المادة ٦١٢ من التقنين الكويتى .

وانسند اشترى للعادة المقترحة أن حكمها هو ما جرى به العرف الزراعى . وقد نصت عليه المواد ٥٨٦ و ٦٢٣ و ٦٢٥ من مجلة الأحكام الشرعية فى الفقه الحنبلى . وهو رأى جمهور فقهاء المذاهب جميعها .

( مادة ٦١٢ )

إذا شمل الإيجار موائى زراعية مملوكة للمؤجر ، وجب على المستأجر أن يرعاها ويتعهد بها بالصيانة بحسب المألوف فى الانتفاع بها .

هذه المادة تنفق مع المادة ٦١١ من التقنين الحالى التى تنص على أنه « إذا تسام المستأجر موائى وأدوات زراعية مملوكة للمؤجر . وجب عليه أن يرعاها ويتعهد بها بالصيانة بحسب المألوف فى استعمالها » .

وقد عدلت هذه المادة بالنص على أصل الحكم . وهو أن يستعمل الإيجار موائى وأدوات زراعية مملوكة للمؤجر ، لأن المستأجر لا يتسلم هذه الموائى والأدوات إلا إذا كان الإيجار بشئها . فإذا تسلمها بناء على ذلك وجب عليه أن يذل من العناية ورعاية الموائى ويعهد الأدوات الزراعية بالصيانة ما يبذله الشخص العادى ، وبحسب المألوف فى الانتفاع بهذه الأشياء . وقد استبدلت عبارة « فى الانتفاع بها » فى نهاية النص بعبارة « فى استعمالها » تحريبا للدقة فى التعبير .

والمادة المقترحة تنفق مع المادة ٧١٥/٢ من التقنين الأردنى .

وتنقى مع المادة ٦١٧/٢ من التقنين الكويتى .

والسند الشرعى للمادة المقترحة هو القاعدة التى نحرّم الأضرار